Zwei Fragen

aus der

Lehre vom Delikt als rechtswidriger Handlung.

Von der juristischen Fakultät der Universität Tübingen genehmigte

Inaugural-Dissertation

verfasst von

Albert Bittinger.

Aschaffenburg.
Wailandt'sche Druckerei Act.-Ges.
1895.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552309_0010

A.

Der Irrtum in Anbetracht eines Schuldausschliessungsgrundes.

I.

Die Streitfrage, ob zum Begriffe des vorsätzlichen Deliktes das Bewusstsein des Thäters von der Rechtswidrigkeit seiner Handlung gehört, wird in neuerer Zeit immer häufiger und bestimmter dahin entschieden, dass dieses Bewusstsein kein Erfordernis des dolosen Verbrechens bilde. [1]

Aus dem Begriffe des Vorsatzes lässt sich ein solches Erfordernis nicht ableiten.

Mag man mit v. Liszt [2] den Vorsatz einfach als Vorstellung von der verursachenden Bedeutung (Causalität) der Willensbethätigung, als Bewusstsein des herbeizuführenden Erfolges bestimmen, oder mit H. Meyer [3] neben dem Moment der Vorstellung des Erfolges das Willensmoment in der Weise hervorheben, dass man verlangt, dass der Thäter den Erfolg bezweckt habe oder dass derselbe von demjenigen Erfolg, welchen der Thäter bezweckte, als ein unumgänglicher Bestandteil umfasst war, so ist in diesen Begriffsbestimmungen das Erfordernis des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit nicht enthalten. Erfolg sind die durch die Körperbewegung des Thäters in der Aussenwelt bewirkten Veränderungen. Die Rechtswidrigkeit der That aber gehört nicht zum Erfolg, sie ist nicht durch die Handlung bewirkt, sondern ist ein Urteil über die Handlung, gegründet auf einen Vergleich mit den Vorschriften des Rechts. Ebensowenig ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit mit der Betonung des Zweckmomentes gefordert.

---

[1] Siehe die Zusammenstellung bei H. Meyer S. 161.

[2] Lehrbuch S. 143.

[3] Lehrbuch S. 169.

Es fragt sich daher, ob man aus prinzipiellen Gründen die Anforderung erheben muss, dass für den Begriff des kriminellen Dolus zum Vorsatz im eben erläuterten Sinn die Vorstellung von der Rechtswidrigkeit der Handlung als weiteres Moment hinzuzutreten hat.

Den Versuchen, diese Notwendigkeit aus dem Wesen der Strafe herzuleiten, ist entgegenzuhalten, dass die menschliche Gemeinschaft die Verhängung der Strafe nicht von dem Urteil abhängig machen kann, das der Thäter über seine eigenen Handlungen fällt.

Die mit Strafe bedrohte Handlung kann schon, abgesehen von der Strafdrohung, rechtswidrig sein, indem sie ein menschliches Interesse verletzt, das nicht nur durch Strafdrohung, sondern auch durch Vorschriften, die anderweitigen Rechtsgebieten angehören, geschützt ist. Man könnte, wenn man Bewusstsein der Rechtswidrigkeit verlangen will, sich vielleicht für diese Fälle mit dem Bewusstsein des Thäters begnügen, durch seine Handlung eine Verletzung dieser Interessen zu bewirken. Freilich würde eine Abgrenzung dieser Deliktsklasse gegenüber der sogleich zu erörternden im Einzelfalle auf grosse Schwierigkeiten stossen. Es gibt nämlich andrerseits eine grosse Zahl von Handlungen, die keine andere Vorschrift verletzen, sondern nur insofern wider das Recht sind, als sie unter das Strafgesetz fallen. Bei diesen Delikten ist das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nur auf Grund der Kenntnis von dem Vorhandensein des Strafgesetzes und seiner richtigen Auslegung möglich. Ein für die Ausübung der Strafrechtspflege unentbehrlicher und deshalb überall festgehaltener Grundsatz ist aber der, dass Unkenntnis des Strafgesetzes nicht vor Strafe schützen kann, bezw. dass Kenntnis des Strafgesetzes nicht Voraussetzung der Willensschuld ist.

Wer ferner Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Bedingung der Willensschuld fordert, verlangt damit, dass dieses Bewusstsein im Augenblick des Entschlusses zur That lebendig und wirksam gewesen sei. Bei anderer Auffassung würde man nur auf das Erfordernis eines gewissen Grades der Zurechnungsfähigkeit hinauskommen. Thatsächlich werden viele rechtswidrige Handlungen begangen, ohne dass sich der Thäter dieses ihres Charakters bewusst ist, obwohl dies wegen der richtigen

Vorstellung des Thäters von dem Thatsächlichen seiner Handlung und seiner Kenntnis der verletzten Norm möglich gewesen wäre. Es wird dies oft der Fall sein bei Handlungen, die verboten sind, obwohl sie noch keinen Eingriff in fremde Rechtssphären enthalten.

Der Thäter hat hier die in der Aussenwelt zu bewirkende Veränderung nicht unter dem Gesichtspunkte der Rechtswidrigkeit betrachtet — gerade so, wie wir in unzähligen Fällen unterlassen, Handlungen, bei denen es an sich wohl möglich gewesen wäre, unter dem Gesichtspunkt z. B. der Schönheit, der Nützlichkeit zu betrachten.

Dass das Vorhandensein einer Norm im Vorstellungskreise eines Subjektes nicht zur Folge hat, dass diese Norm jedesmal wenn sie angewendet werden könnte, in den Vordergrund des Bewusstseins tritt, ist eine Thatsache, die jederzeit in der Beobachtung ihre Bestätigung findet.

Von dem hier unterstellten Standpunkte aus müsste man also immer und überall den Beweis verlangen, dass der Entschluss des Thäters wirklich unter bezw. trotz der Vorstellung der Widerrechtlichkeit der Handlung entstanden sei — einen Beweis von inneren Vorgängen, über die sich ein Dritter in einer grossen Zahl von Fällen ein bestimmtes Urteil nicht bilden kann.

Die Strafgesetzgebung hat denn auch immer daran festgehalten, dass Unkenntnis des Strafgesetzes nicht vor Strafe schütze; sie würde das in Folge des Bedürfnisses des praktischen Lebens auch haben thun müssen, wenn die frühere Wissenschaft nicht den Grundsatz juris error nocet aus dem Civilrecht in das Gebiet des Strafrechts hinübergeleitet hätte. In diesem Sinn kann man sagen, das Reichsstrafgesetzbuch verlange — oder wie dies vom Standpunkt des erforderten Bewusstseins der Rechtswidrigkeit ausgedrückt wird, präsumiere — Gesetzeskenntnis. Das Recht hiezu kann dem souveränen Gesetzgeber nicht nur nicht bestritten werden, sondern es liegt auch keine Unbilligkeit darin, denjenigen, der sich die Kenntnis des Strafgesetzes nicht angeeignet, oder sich der Betrachtung, ob seine Handlung rechtswidrig sei, überhaupt nicht unterzogen hat, so zu behandeln (— wobei in Bezug auf das Strafmass ja ein Unterschied eintreten kann —) wie den, der

bewusst rechtswidrig gehandelt hat. Wenn es vom Standpunkt der Lehre vom freien Willen aus unbillig erscheint, dass unter Umständen eine unverschuldete Unkenntnis objektiver Rechtswidrigkeit gebüsst wird, so ist dies Folge der Unvollkommenheit, die auch dem Strafrecht als menschlicher Schöpfung anklebt, und der Preis, um den eine praktisch brauchbare Strafrechtspflege ebenso erkauft werden muss, wie viele andere notwendige Einrichtungen nur um den Preis gelegentlicher Schädigungen des Einzelnen bestehen können.

Wenn aber die Gesetze, insbesondere das Reichsstrafgesetzbuch, davon abgesehen haben, ein gewisses Erfordernis aufzustellen, so kann es auch die Theorie nicht auf Grund von Spekulationen einführen. Die Strafgesetze sind nicht aus einer Definition des Verbrechens abgeleitet, sondern die Wissenschaft abstrahiert aus den jeweils bestehenden Gesetzen das Allgemeingiltige.

Das Reichsgericht hat denn auch für unser Strafrecht in vielen Entscheidungen den Standpunkt vertreten, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit kein allgemeines Erfordernis für den Begriff des vorsätzlichen Deliktes sei.

Wenn neuerdings das Urteil vom 30. Januar 1891 [4] die bedenkliche Wendung enthält „das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit sei ein bei allen vorsätzlichen Delikten stillschweigend vorausgesetztes Erfordernis“, wird man den zahlreichen Entscheidungen gegenüber, die mit bestimmten Worten das Gegenteil besagen, noch nicht anzunehmen haben, dass der oberste Gerichtshof die in dieser Frage bisher konsequent eingenommene Stellung aufgeben wolle.

Von den abweichenden Lehren, welche das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Voraussetzung des dolosen Deliktes verlangen, wird im folgenden die Stellung der von Binding in seinen „Normen“ und seinem Handbuch begründeten Normentheorie zu der zu behandelnden Frage zu betrachten sein. Diese Lehre erblickt das Wesen der Schuld in dem auf Verletzung des dem einzelnen Strafgesetze zu Grunde liegenden rechtlichen Gebotes, der „Norm“, die als dem ungesetzten Rechte angehöriger Rechtssatz primär verpflichtet, während das Straf-

[4] E. XXI. S. 312.

gesetz das Verhältnis zwischen dem Strafberechtigten und dem Verbrecher bestimmt.

Sie verlangt Kenntnis der verletzten Norm als Voraussetzung der Fähigkeit zum Delikt überhaupt. Indem sie zwischen den „Deliktsmerkmalen", welche die Normwidrigkeit der Handlung und den „Strafbarkeitsmerkmalen", welche zu den ersteren hinzutretend, die Strafbarkeit derselben Handlung begründen, unterscheidet, ist nach ihr der Vorsatz der bewusst widerrechtliche Wille, der Wille, begleitet von der Vorstellung der sämmtlichen Deliktsmerkmale, während die Fahrlässigkeit als der „unbewusst widerrechtliche" Wille erscheint.[5]

II.

Es gibt eine Reihe von Gründen, die eine vorsätzliche Handlung, die den besonderen Thatbestand eines Deliktes an sich erfüllt, zu einer erlaubten machen, Gründe, aus denen die Rechtswidrigkeit der Handlung entfällt.

Sie haben nur zum Teil im R.-Str.-G.-B. ausdrückliche Behandlung gefunden.

Das R.-Str.-G.-B. behandelt in §§ 53, 52, 54 die Fälle der Notwehr, des Zwanges und des Notstandes im engeren Sinn, welch' beide letzteren als nicht wesentlich verschieden, sehr wohl unter der einheitlichen Bezeichnung Notstand begriffen werden können, unter den „Strafausschliessungsgründen". Die Bezeichnung als „Gründe, welche die Strafe ausschliessen", erscheint unzutreffend. Es sind hier nicht Handlungen in Frage, durch deren Begehung eigentlich eine Strafe verwirkt wäre, die nur in Anbetracht besonderer Umstände nicht verhängt wird, sondern Handlungen, die eben keine Delikte sind. „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden . . . .", sagt das Gesetz selbst. Die vorsätzliche Handlung, die unter anderen Umständen ein Verbrechen darstellen würde, wird kraft ausdrücklicher Gesetzesvorschrift unter den Voraussetzungen des Notstandes und der Notwehr zu einer erlaubten.

Freilich fehlt es in solchem Falle, wo der Wille auf eine gesetzlich zulässige Handlung gerichtet ist, auch an einem

---

[5] s. Binding, Normen I 2. Aufl. S. 35 ff., II S. 102 ff., S. 403, S. 115.

schuldhaften Willen, aber eben deswegen, weil die Handlung an sich nicht rechtswidrig ist. Nach dem oben Ausgeführten ist die Frage nach der Rechtswidrigkeit lediglich objektiv zu prüfen, so dass, wer unter den thatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr und des Notstandes handelt, keine rechtswidrige und darum keine strafbare Handlung begeht, auch wenn er diese Voraussetzungen nicht kannte und die Handlung, so wie er sie sich dachte, ein Verbrechen wäre.

Notwehr und Notstand werden demnach auch korrekter, als wie als „Schuldausschliessungsgründe" als Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit zu bezeichnen sein. [6]

Die zahlreichen Fälle, in denen, abgesehen von den vorerwähnten, ein Delikt darum nicht vorliegt, weil der Thäter aus besonderem Grunde zu einem sonst strafbaren Thun berechtigt war, haben im R.-Str.-G.-B. keine allgemeine Erwähnung gefunden, wohl aus dem Grunde, weil infolge deren innerer Verschiedenheit sich nicht leicht etwas Gemeingiltiges von Bedeutung sagen lässt. Die Rechtswidrigkeit einer Handlung, die andernfalls Delikt wäre, kann ausgeschlossen sein aus dem Grunde, dass der Thäter sie in Ausübung eines Amtes oder Berufes, mit Einwilligung des Verletzten oder kraft einer durch besondere Bestimmung des Rechtes eingeräumten Befugnis vornahm. Einer der wichtigsten Fälle, die Berechtigung zu körperlichen Eingriffen zu ärztlichen Zwecken, wird den Gegenstand des zweiten Teiles dieser Abhandlung bilden. Jedoch bezieht sich keiner der aufgezählten Gründe auf alle Deliktsarten, es gibt Handlungen, die nur im Stande der Notwehr oder des Notstandes ohne Rechtswidrigkeit vorgenommen werden können.

III.

Es entsteht die Frage, ob und welcher Einfluss der irrtümlichen Annahme eines Falles ausgeschlossener Rechtswidrigkeit zuzuschreiben ist. Das R.-Str.-G.-B. enthält eine ausdrückliche Bestimmung nicht.

Dass die objektive Rechtswidrigkeit der That durch die Meinung des Thäters, er handle aus irgend einem Grunde

---

[6] s. v. Liszt § 31.

nicht rechtswidrig, nicht beeinflusst wird, bedarf keines Beweises. Der fragliche Irrtum könnte daher denkbarer Weise nur für das subjektive Moment, den Dolus, von Bedeutung sein. Wenn dem Dolus die Vorstellung des Erfolges, bezw. in Verbindung mit dem Zweckmoment, wesentlich, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit kein Teil des Dolus, der Erfolg aber eingetreten ist und nur vom Thäter nicht für rechtswidrig gehalten wird, so hebt diese irrige Annahme den erforderlichen Vorsatz nicht auf. v. Liszt führt denn auch die Folgerung, dass die irrige Annahme dem Thäter nichts nützt, dass die objektiv rechtswidrige Handlung nicht rechtswidrig sei, strenge durch und hält daran fest, dass der Irrtum des Thäters, sich in Notstand oder einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff gegenüber zu befinden oder Träger eines Züchtigungsrechtes zu sein, einflusslos zu bleiben hat.[7]

Dieser Schluss wird aber von den meisten Schriftstellern, auch wenn sie die Anschauung teilen, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorsatz gehört und dass die sogenannten Schuldausschliessungsgründe objektiv wirken, nicht anerkannt.

Thatsächlich will es auch in leicht denkbaren Fällen, wo z. B. der Thäter das Opfer einer Mystifikation geworden ist und etwa einem gegenwärtigen Angriff gegenüber zu handeln glaubte, unbillig erscheinen, vorsätzliches Delikt anzunehmen. Wie vorweg bemerkt werden soll, führen diejenigen Schriftsteller, die den Dolus durch irrtümliche Voraussetzung eines Schuldausschliessungsgrundes für ausgeschlossen erachten, übereinstimmend aus, dass bei unentschuldbarem faktischem Irrtum der Thäter wegen Fahrlässigkeit strafbar bleiben könne.

H. Meyer (S. 160), der davon ausgeht, dass das Schuldmoment nur auf die objektive Seite des Deliktes sich beziehen muss und das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein von Schuldausschliessungsgründen der objektiven Seite des Deliktes beizählt, führt aus, dass die Schuldausschliessungsgründe (welche auch nach seiner Ansicht zunächst die Rechtswidrigkeit ausschliessen) in den Bereich der subjektiven Verschuldung hereinzuziehen seien, so dass nur Derjenige der vorsätzlichen Ver-

[7] Siehe v. Liszt S. 153 f., 116.

übung schuldig ist, der nicht etwa das Vorhandensein eines im Recht anerkannten Schuldausschliessungsgrundes annahm. Dabei verwirft er die Anschauung von Lucas, wonach diese Annahme des Thäters nicht auf Rechtsirrtum beruhen dürfe. Die Begründung seiner Anschauung beschränkt H. Meyer auf den Satz, dass eben keine Handlung unter allen Umständen strafbar ist, vielmehr bei jeder Schuldausschliessungsgründe vorliegen können.

Geyer,[8] der das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit in denjenigen Fällen als Bestandteil des Dolus erfordert, wo das fragliche Uebel eine Rechtsverletzung ist und ausserdem da, wo die Rechtswidrigkeit ausdrücklich im Gesetz als Thatbestandsmerkmal anerkannt ist, stellt gleichwohl ganz allgemein die Anschauung auf, dass schuldfrei sei, wer im Irrtum über das Bestehen eines Strafgesetzes (error juris criminalis) seine Handlung für nicht strafgesetzwidrig hielt. Dagegen ergebe sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des § 59 des R.-Str.-G.-B., dass leider die Gesetzgebung an dem Satze error juris criminalis nocet festhalte.

§ 59 R.-Str.-G.-B. sei so aufzufassen, dass die That so beurteilt werden müsse, als ob die irrigen Voraussetzungen des Thäters nicht irrig seien, einerlei, ob nun Irrtum im engeren Sinne oder Irrtum über die Thatsache des Bestehens, bezw. Inhalts von Rechtssätzen und insbesondere deren Anwendbarkeit auf die beabsichtigte That vorliegt. Es scheint demnach, dass Geyer die irrtümliche Annahme eines Rechtes zur Handlung, das thatsächlich nicht anerkannt ist, nicht als einen nach positivem Recht unerheblichen Irrtum über Strafrechtssätze auffasst.

Dass die Rechtswidrigkeit bei vermeintlicher Notwehr ausgeschlossen ist, bezeichnet Geyer als selbstverständlich.[9]

Hälschner[10] sieht das strafrechtliche Verschulden im Handeln wider die erkannte Pflicht. Den § 59 R.-Str.-G.-B. bezieht er nicht auf Rechtsirrtum; den Einfluss faktischen Irrtums bezüglich der Schuldausschliessungsgründe anlangend, hebt er insbesondere bei der Notwehr hervor, dass die in ver-

---

[8] Grundriss S. 101. 127.

[9] S. 82.

[10] Gem. d. Strafrecht I, S. 260. 356. 484.

meintlicher Notwehr vorgenommene Verletzung straflos ist bei entschuldbarem faktischen Irrtum. Was jedoch den Irrtum über Rechtssätze angeht, so stellt Hälschner mangelnder Pflichterkenntnis die irrige Auffassung der verpflichtenden Norm, sofern diese den Mangel der Pflichterkenntnis zur Folge hat, durchaus gleich; es darf daher auch nicht zwischen unverschuldeter und verschuldeter Rechtsunkenntnis unterschieden werden, so dass zwar durch erstere, nicht aber durch letztere die Zurechenbarkeit der Handlung ausgeschlossen sei.

Hälschner lässt somit die auf Rechtsirrtum beruhende Annahme eines Schuldausschliessungsgrundes schlechthin entschuldigen.

Wächter[11] beschränkt sich darauf, hervorzuheben, dass bei vermeintlicher Notwehr, der Thäter entweder straflos oder wegen Fahrlässigkeit strafbar sei.

Merkel[12] geht von dem Begriff der negativen Thatbestandsmerkmale aus — der weiter unten einer näheren Betrachtung unterzogen werden wird — und legt dar, dass von vorsätzlichem Delikt nicht die Rede sein kann, wenn der Handelnde Verhältnisse voraussetzt, deren Nichtvorliegen zum gesetzlichen Thatbestand gehört; z. B. Verhältnisse, welche, wenn sie vorliegen, die That als durch Notwehr gerechtfertigt erscheinen lassen würden; daher gehöre es auch, wenn der Irrtum die Existenz einer Rechtsvorschrift betrifft, soferne die Existenz der Vorschrift zum gesetzlichen Thatbestand gehört. Merkel will also jede irrtümliche Annahme von Schuldausschliessungsgründen berücksichtigt wissen, nicht aber den Strafrechtsirrtum.

Lucas[13] zieht folgenden Schluss: „Wie gewisse Thatumstände zur Herstellung des Thatbestandes der Strafnorm, so gehören solche auch zur Begründung der Ausnahmen derselben. Es folgt aus dem Verhältnis der Ausnahme zur Regel, dass ebenso wie das Nichtwissen einer thatsächlichen Voraussetzung der Regel, so auch die Ueberzeugung von dem Vorhandensein der thatsächlichen Vorbedingungen der Ausnahme die Anwendung der Regel ausschliessen muss.“

---

[11] Strafrecht S. 180.

[12] Strafrecht S. 82.

[13] Subjektive Verschuldung S. 99.

Entkleidet man diesen Schluss der Bezeichnung der in Frage stehenden Rechtssätze unter dem Gesichtspunkt der Regel und Ausnahme, so ist er die einfache Behauptung, dass für die Annahme des Delikts dem Nichtwissen von existierenden Thatsachen die irrige Annahme von nichtexistierenden gleichgestellt wird. Der scheinbare Schluss wird dadurch nicht beweiskräftig, dass es als Regel bezeichnet wird, dass ein gewisser Thatbestand ein Delikt begründet, dagegen als Ausnahme, dass dieser Thatbestand unter dem Hinzutreten weiterer Umstände kein Delikt begründet. Dass eine in wirklicher Notwehr begangene Handlung kein Delikt ist, ist auch Regel. Die die „Ausnahme" begründenden Umstände haben eben besondere Wirkung, so dass man in Anbetracht der subjektiven Beziehungen nicht von den „die Regel" begründenden ohne weiteres auf sie schliessen kann. Es läge auch nahe, von den oben angeführten Voraussetzungen ausgehend, den weiteren Schluss zu ziehen, „dass die Ueberzeugung von dem Nichtvorhandensein der thatsächlichen Vorbedingungen der Ausnahme die Anwendung dieser Ausnahme ausschliesse", d. h. dass der unter den Voraussetzungen eines Schuldausschliessungsgrundes, aber ohne das Bewusstsein hievon Handelnde wegen vorsätzlichen Deliktes gestraft werden müsste.

Lucas ist der Ansicht (s. S. 97), dass die sogenannten Schuldausschliessungsgründe die Rechtswidrigkeit der That beseitigen. Aus diesen rein objektiven Wirkungen ergibt sich das Unzutreffende seiner oben angeführten Schlussfolgerung.

Von dem von Lucas eingenommenen Standpunkt aus erscheint es übrigens auch als unzutreffend, das gewonnene Resultat auf thatsächlichen Irrtum zu beschränken — (es soll in diesem Falle doch wohl nur Irrtum über wirkliche Thatsachen gemeint sein und nicht jeder Irrtum, der nicht Strafrechtsirrtum ist) — weil bei manchen Delikten auch die Vorstellung von einem gewissen Rechtsverhältnis zum Dolus gehört.

Es muss hervorgehoben werden, dass Lucas nur Notwehr, Zwang und Notstand als eigentliche Schuldausschliessungsgründe behandelt, die anderen Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit, wegen mangelnder Gemeingiltigkeit, zur Betrachtung bei den einzelnen Delikten, bei denen sie eintreten können, verweist. Er will sie als nicht strafrechtliche Rechts-

momente behandelt wissen, welche von einzelnen Strafbestimmungen unterstellt worden, so dass erst mit ihrer Verletzung die Verletzung des Strafgesetzes anfängt (S. 100. 60).

Es erscheint aber irreleitend, zu sagen, dass gewisse Strafvorschriften auf nicht strafrechtlichen Normen beruhen, denn der Grund, warum ein Delikt vorliegt, ist allemal unmitttelbar das betreffende Strafgesetz.

Die Anschauung von Lucas führt zur Annahme der „negativen Thatbestandsmerkmale", auf die zurückzukommen sein wird.

Löffler[14] geht vom Begriff der negativen Thatbestandsmerkmale aus und stützt sich im Uebrigen auf § 59 R.-Str.-G.-B. Seine Deduktion beginnt mit der Feststellung des Thatbestandsbegriffes im Sinne des erwähnten Paragraphen. Ohne eine zureichende Begründung hiefür zu geben, stellt er einen Begriff des allgemeinen Thatbestandes von eigentümlichem Umfang auf. Der „allgemeine Thatbestand" im hergebrachten Sinne ist es nicht, denn es wird vor Allem das Moment der Rechtswidrigkeit davon ausgenommen. Dagegen soll der objektive Teil dieses Thatbestandes umfassen „Notwehr, Notstand, Nötigung, das Vorliegen eines Falles von Amtspflicht, Berufspflicht, Einwilligung des Verletzten ausdrückliche gesetzliche Gestattung, sowie die übrigen Thatumstände, welche die Rechtswidrigkeit der Handlung ausschliessen". Diese Umstände werden als negative Thatbestandsmerkmale bezeichnet.

Der subjektive Teil des allgemeinen Thatbestandes — sei es nun dolus oder culpa — muss nach Löffler in der durch seine Art gegebenen Beziehung zum — allgemeinen — objektiven Teil stehen.

Vor Allem ist zu bemerken, dass § 59 R.-Str.-G.-B.[15] sich nicht auf den allgemeinen Thatbestand bezieht. Allein abgesehen hievon dürfte folgendes nicht zu bestreiten sein: Wie soeben angeführt, rechnet Löffler zum objektiven Thatbestand die thatsächlichen Voraussetzungen der Fälle aus geschlossener

---

[14] Grünhut's Zeitschrift XX, S. 774.

[15] Siehe v. Liszt 172; v. Buri Ger.-Saal XXIX, Beil. S. 190, Rubo Comm. zu § 59.

Rechtswidrigkeit. Zum objektiven Thatbestand muss nach seiner Ansicht der subjektive Teil in Beziehung stehen. Damit ist doch wohl die objektive Wirkung der erwähnten Gründe verneint; wenn eine Beziehung des Subjektes auf diese Merkmale allemal erforderlich ist, so liegt Dolus in dem Fall, wo solche Gründe nicht gegeben sind und somit die objektiven Voraussetzungen eines Deliktes gegeben sind, nur dann vor, wenn das Nichtvorhandensein dieser Gründe geradezu bewusst ist, d. h. es wird das Bewusstsein gefordert, dass der Thatbestand ohne Berechtigung erfüllt werde, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Handlung. Indifferenz ist hier nicht möglich, denn der subjektive Teil bezieht sich nur auf die in Rede stehenden Merkmale des objektiven bei positivem Bewusstsein, dass die betreffenden Thatumstände nicht vorhanden sind.

Wenn ferner die thatsächlichen Voraussetzungen eines Falles, z. B. der Notwehr gegeben sind, der Thäter aber ohne diese zu kennen, eine verletzende Handlung vornimmt, die zur Abwehr des Angriffes objektiv erforderlich ist, so möchte man vom Standpunkt der notwendigen Beziehung des Subjekts zu den negativen Thatbestandsmerkmalen folgern, dass hier eine strafbare Handlung vorliege. Löffler vertritt allerdings ausdrücklich das Gegenteil.

Seeger[16] bemerkt bezüglich des Exzesses der Notwehr, dass dieser dann blos fahrlässiges Verbrechen ist, wenn der Handelnde die Verletzung zwar gewollt hat, aber dabei sich vermöge unentschuldbaren Irrtums in der irrigen Meinung befand, als ob dieselbe zu seiner Verteidigung notwendig, also nicht rechtswidrig sei. Eine vorsätzliche Handlung ist die Verletzung hier allerdings, aber keine vorsätzlich rechtswidrige, also kein vorsätzliches Verbrechen. Liegt dagegen entschuldbarer Irrtum vor, so ist nach Seeger's Ansicht der Thäter straflos, mag er die Grenzen der notwendigen Abwehr überschritten oder sich in Wirklichkeit überhaupt nicht in Notwehr befunden haben.

Nach Gessler[17] ist der Dolus jedenfalls ausgeschlossen durch die irrtümliche Annahme der Voraussetzungen der Not-

---

[16] Abhandlungen I S. 417. 470.

[17] Begriff und Arten des Dolus S. 93. 260.

wehr und ebenso durch die Annahme einer besonderen Berechtigung zur Vornahme einer im Allgemeinen verbotenen Handlung, mag diese Annahme im Irrtum über thatsächliche Verhältnisse oder über Rechtsvorschriften ihren Grund haben.

Heitz[18], nach dessen Ansicht die negativen Thatbestandsmerkmale zum allgemeinen Thatbestand zu rechnen sind, die „Thatumstände" im Sinne des § 59 R.-Str.-G.-B. aber die negativen Thatbestandsmerkmale nicht umfassen, da sie vielmehr lediglich die die Strafbarkeit begründenden äusseren Merkmale einer Deliktart bezeichnen, kommt zu dem Schlusse, dass irrtümliche Annahme von Schuldausschliessungsgründen nicht entschuldige.

Kohler[19] scheint Straflosigkeit infolge irrtümlicher Annahme von Schuldausschliessungsgründen nur für den Fall zuzubilligen, dass diese Annahme auf entschuldbarem, thatsächlichem Irrtum beruht.

v. Buri[20] beschäftigt sich mit der Frage des putativen Notstandes und konstatiert, dass nach der herrschenden Ansicht der Thäter ausser Verantwortung bleibt, wenn in Wirklichkeit ein Notstand nicht vorhanden war, er ihn aber aus verzeihlichem Irrtum unterstellte. Bei unverzeihlichem Irrtum ist die verursachte Verletzung als fahrlässige aufzurechnen, namentlich auch dann, wenn der Thäter aus übertriebener Wertschätzung seines gefährdeten Interesses da zur Rettung desselben ein fremdes vernichtet, wo er den ihm drohenden Verlust hätte ertragen sollen. Auf wesentlich gleichem Standpunkt stehen Göb[21], Stammler[22] und Janka[23].

Die Ansicht von Hertz[24], der für den Dolus das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit verlangt, mag um deswillen an dieser Stelle hervorgehoben werden, weil nach seiner Anschauung das Dasein der „Not" bei Notstand und Notwehr sich lediglich nach der subjektiven Ueberzeugung des Verletzers bemisst, so dass

---

[18] Wesen des Vorsatzes S. 17. 20. 37.
[19] Studien I, S. 73.
[20] Abhandlungen S. 128.
[21] In Goltdammer's Archiv 1880, S. 184.
[22] Notstand S. 66.
[23] Notstand S. 248.
[24] Unrecht S. 103.

die irrig unterstellte Not den gleichen Anspruch auf Straflosigkeit gewährt wie die mit Grund angenommene.

Von den Commentatoren, die das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit nicht als Bestandteil des Dolus erklären, bestreitet Rubo, dass § 59 R.-Str.-G.-B. eine Bedeutung für die Lehre vom Dolus habe. In Anmerkung 12 zu § 52 vertritt er die Anschauung, dass irrtümliche Meinung im Betreff des Vorhandenseins zwingender Gewalt oder Drohung die Anwendung des § 52 nicht begründet, es gebreche an jeder Voraussetzung dieses letzteren und es bestehe keinerlei Vorschrift, etwa als Gegenstück zu § 59, dass der irrtümliche Glaube von dem Vorhandensein eines Strafausschliessungsgrundes dem Vorhandensein dieses letzteren gleich zu erachten sei. Dieser Standpunkt wird auch bezüglich der §§ 53 und 54 eingenommen.

Der Commentar von Rüdorff-Stenglein (ad § 53) gibt der Ansicht, Irrtum über das Vorhandensein der Bedingungen der Notwehr begründe thatsächlich den Fall der Notwehr, den Vorzug gegenüber der Meinung, wornach irrtümliche Annahme der Notwehr den Dolus ausschliesst.

In Anmerkung b zu § 59 wird ausgeführt, dass Rechtsirrtum über bürgerliches Recht unter § 59 fallen können und sich dann dem Strafgesetz gegenüber als thatsächlicher Irrtum charakterisiere.

Unter solchen Irrtum erscheint die Annahme einer vom objektiven Recht nicht anerkannten Berechtigung einbegriffen.

Oppenhoff (27 zum Abschn. IV, 1. Teil des R.-Str.-G.-B.) erklärt: Die Nichtkenntnis des Strafgesetzes bezw. ein die Existenz oder den Sinn des Strafgesetzes betreffender (Rechts-) Irrtum schliesst die Strafbarkeit nicht aus, die Meinung des Thäters, seine Handlung sei nicht verboten, ist bedeutungslos. Dagegen fällt die Anwendbarkeit des Strafgesetzes weg, wenn dem Angeklagten in Folge Rechtsirrtums etc. der zum Thatbestand erforderliche Dolus, z. B. das bei dem betreffenden Straffall vorausgesetzte Bewusstsein der Rechtswidrigkeit, fehlte, etwa weil er eine civilrechtliche Berechtigung zur Vornahme der betreffenden Handlung zu haben vermeinte, sowie überhaupt im Falle von (unverschuldeter) Unkenntnis der thatsächlichen Voraussetzungen des Strafgesetzes, wenn dieselbe auf rechtsirrtümliche Auffassungen gesetzlicher Bestimmungen

zurückzuführen ist, die nicht Strafgesetze sind; ja es kann unter Umständen selbst ein strafrechtlicher Irrtum die gleiche Bedeutung haben.

Durch diese Aufstellungen Oppenhoffs dürfte die Frage ihrer Lösung wenig näher gebracht sein; sie dienen vielmehr dazu, oberstrichterliche Entscheidungen, die thatsächlich sich widersprechen, neben einander aufzuführen.

Nach Anm. 10 zu § 59 schliesst nicht nur die irrige Meinung, dass ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff vorliege, sondern auch, dass ein wirklicher Angriff rechtswidrig sei, den Dolus und somit die Strafbarkeit aus, falls die zur Abwendung vorgenommene Handlung „erforderlich und geboten“ gewesen wäre. Bezüglich des Zwangs und Notstands wird derselbe Standpunkt vertreten.

(§ 52 Anm. 11; § 54 Anm. 6.)

Die Stellung, welche die Normentheorie zu der Frage einzunehmen hat, kann nicht zweifelhaft sein. Wenn der Thäter infolge der Verkennung von Thatsachen oder von Rechtsvorschriften sich wirklich zu der That berechtigt erachtet, so fehlt ihm eben das Bewusstsein, wider die Norm zu handeln und er kann höchstens im Falle unverzeihlichen Irrtums wegen Fahrlässigkeit verantwortlich bleiben.

Binding selbst hat in seinen beiden Hauptwerken die Frage der irrtümlichen Annahme von Schuldausschliessungsgründen nur gestreift.[25] Dagegen ist sie in Oetker's Schrift „Ueber den Einfluss des Rechtsirrtums“ behandelt.

Oetker weist nach, dass eine genaue Abscheidung des Irrtums über Sätze des Strafrechts und Sätze anderer Rechtsgebiete unmöglich ist.[26] Er unterscheidet nach Binding's Vorgang zwischen Normunkenntnis, die „Handlungsunfähigkeit“ bewirkt und Unkenntnis des Strafgesetzes, der Art und des Masses der Strafe, die bedeutungslos bleibt.[27]

Zur erforderlichen Normkenntnis rechnet er auch, in Er-

---

[25] Z. B. Handbuch, S. 754: die irrtümliche Annahme der Notwehrlage ist irrtümliche Annahme eines Rechtes zur Verletzung, schliesst, wenn verzeihlich, alle Zurechnung, wenn unverzeihlich, die Zurechnung zum Vorsatz aus.

[26] S. 39, vgl. Binding, Grundriss S. 101.

[27] S. 37 ff.

wägung dessen, dass kein Gebot für alle Fälle ausnahmslos bindet, die Kenntnis des Verhältnisses von Regel und Ausnahme.[28] Aus diesem Gesichtspunkt ist nach Oetker der Irrtum über die rechtlichen Voraussetzungen von Notwehr, Notstand, wirksame Einwilligung etc. zu betrachten, ein solcher Irrtum ist Normunkenntnis, bewirkt: „Handlungsunfähigkeit“[29] und schliesst die Zurechnung zum Dolus aus. Oetker steht nicht an, auch bei dem sogenannten „Rechtswahn“, die Zurechnung infolge Rechtsirrtums auszuschliessen.

Rechts- und Thatirrtum gelten ihm als Unkenntnis von „Thatumständen“ im Sinne des § 59 R.-Str.-G.-B.[30]

An dieser Stelle sind die Ansichten der Commentatoren v. Schwarze und Olshausen hervorzuheben.

Olshausen[31] verlangt für das vorsätzliche Delikt das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit der Handlung.

Er hält an dem Unterschied zwischen That- und Rechtsirrtum fest, verwirft aber diejenige Ansicht, die für das Gebiet des Strafrechts nur den Irrtum über Strafgesetze als Rechtsirrtum gelten lässt und den Irrtum über andere Rechtssätze dem thatsächlichen Irrtum zuweist. Strafausschliessende Umstände wie die thatsächlichen Voraussetzungen der Notwehr und des Notstandes sind, wenn wirklich vorhanden, dem Thäter zuzurechnen, auch wenn er von ihrem Dasein nichts wusste, andererseits schliesst die irrtümliche Annahme solcher Umstände die Zurechnung des Dolus aus; bei fahrlässigen Delikten ist die Willensschuld nur dann ausgeschlossen, wenn der Irrtum selbst nicht auf Fahrlässigkeit beruhte. Diese Sätze sind jedoch nicht durch die Vorschrift des § 59 R.-Str.-G.-B. gegeben, sondern folgen aus den Begriffen von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Auch auf den Rechtsirrtum bezieht sich § 59 nicht. Jeder Irrtum, der die Rechtswidrigkeit der Handlung betrifft, somit auch Irrtum über die rechtlichen Voraussetzungen von Schuldausschliessungsgründen, schliesst nach Olshausen den Dolus aus und zwar nicht infolge der Vorschrift des § 59, daher auch nicht nur bei den

---

[28] Dagegen Binding, Normen II, S. 69.

[29] l. c. S. 83.

[30] l. c. S. 83.

[31] Comm. ad § 59 R.-Str.-G.-B.

Delikten, bei denen der gesetzliche Thatbestand die Rechtswidrigkeit hervorhebt, sondern es ergibt sich dies aus der Natur des von Olshausen angenommenen Vorsatzbegriffes.

v. Schwarze[32] verlangt für die Zurechnung zum Vorsatz das Bewusstsein der Strafwürdigkeit der Handlung, dagegen braucht der Thäter die gesetzliche Bestimmung selbst, durch welche die That verboten ist, nicht gekannt zu haben. Die irrige Annahme eines Strafausschliessungsgrundes ist nicht nach § 59 des Reichsstrafgesetzbuches zu beurteilen, sie kommt dem Thäter nur zu statten, soweit sie den Dolus ausschliesst.

Als Rechtsirrtum, der das Wollen der That als einer strafbaren ausschliesst, ist insbesondere auch die irrtümliche Annahme berechtigter Selbsthilfe zu betrachten. Auch da, wo sie auf falscher rechtlicher Auffassung beruht, wird ihr der Irrtum zu Statten kommen.

Die irrtümliche Annahme eines Falles von Notwehr und Notstand schliesst jedenfalls den Dolus aus, dagegen bleibt bei vermeidlichem Irrtum der Thäter wegen Fahrlässigkeit haftbar.

IV.

Vielfach wird als besondere Klasse eine Reihe von Delikten hervorgehoben, bei denen ausnahmsweise das Reichsstrafgesetzbuch für den Dolus das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erfordere. Es sind dies diejenigen Verbrechen, bei denen der besondere gesetzliche Thatbestand das Moment der Rechtswidrigkeit hervorhebt, meist durch das Wort „rechtswidrig“, aber auch durch „unbefugt“ oder „unberechtigt“, „ohne berechtigt zu sein.“ Ob diese Aufstellung gerechtfertigt ist, erscheint fraglich, und ebenso, welchen Einfluss sie auf die Sätze über die sogenannten Schuldausschliessungsgründe in ihrer Anwendung auf diese Klasse von Delikten hat.

v. Liszt[33] nimmt an, dass bei diesen Delikten die Rechtswidrigkeit in den besonderen Thatbestand aufgenommen sei, der Dolus sich somit auch hierauf beziehen müsse. In diesen Fällen hindere die auf nicht verschuldetem Irrtum beruhende Annahme des Thäters, dass aus irgend einem rechtlich aner-

[32] Comm. ad § 59 R.-Str.-G.-B.
[33] S. 152, 116.

kannten Grunde die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sei, die Bestrafung.

Wenn v. Liszt hiefür entschuldbaren Irrtum verlangt,[34] so kann dies auf eine Unterscheidung von That- und Rechtsirrtum nicht bezogen werden, da dieser Unterschied von ihm anderwärts ausdrücklich verworfen wird. Wenn aber die Rechtswidrigkeit ein Merkmal ist, das vom Dolus mit umfasst werden muss, so ist der so geartete Dolus auch dann nicht vorhanden, wenn der Thäter infolge seines Verschuldens sich über dieses Moment im Irrtum befindet; das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlt thatsächlich auch infolge unentschuldbaren Irrtums. Ebenso kommt die Rechtswidrigkeit dann nicht zum Bewusstsein des Thäters, wenn er sie durch einen rechtlich nicht anerkannten Grund ausgeschlossen glaubte. Wenn man die von v. Liszt missbilligte Unterscheidung des unentschuldbaren Strafrechtsirrtums, die aber thatsächlich das Erfordernis des „rechtlich anerkannten" Grundes enthält, nicht machte, würde man zu einer ungemessenen Ausdehnung dieses Schuldausschliessungsgrundes gelangen.

Die v. Liszt'sche Ansicht entspricht auch derjenigen Wächter's[35] und Merkel's.[36] Von den Commentatoren ist gleicher Anschauung besonders Oppenhoff.[37]

H. Meyer[38] ist nicht der Ansicht, dass die in Rede stehenden Delikte eine Klasse von besonderer Eigentümlichkeit darstellen. Vielmehr verlangt er einen durch das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit besonders qualificierten Dolus, bei denjenigen Delikten, deren Besonderheit in einer Rechtsverletzung besteht, sei es, dass, wie bei den meisten Vermögensdelikten, die Verletzung eines subjektiven Rechtes, oder, wie bei den Ehedelikten und den Delikten gegen den Staat, die Verletzung einer rechtlichen Einrichtung, oder wie bei vielen Polizeidelikten, das Entgegenhandeln gegen eine bestimmte rechtliche Vorschrift unter Strafe gestellt ist, — Fälle, bei denen übrigens vielfach das R.-Str.-G.-B. die Rechtswidrigkeit hervorhebt. —

---

[34] Lehrb. 3. Aufl., S. 133.
[35] Vorlesungen S. 146. 153.
[36] Lehrbuch S. 35. 82.
[37] § 59 a 11, Vorbem. z. I. Teil, Abschn. IV. A. 7.
[38] S. 162.

Bei diesen Delikten fällt nach H. Meyer der Thatbestand als vorsätzliches Delikt hinweg, sobald der Thäter sich aus einem wenn auch noch so irrigen Grund zur That für berechtigt erachtet hat. In allen anderen Fällen, auch bei solchen Delikten, bei denen im Thatbestand das Erfordernis der „rechtswidrigen" Verübung ausdrücklich genannt ist, ist die Strafbarkeit damit erfüllt, dass der Thäter vorsätzlich den Thatbestand des betreffenden Deliktes verwirklicht hat. Auf gleichem Standpunkt steht Hälschner.[39] v. Bar[40] erscheint insofern in Uebereinstimmung mit H. Meyer zu sein, als er für die Delikte, bei denen das Gesetz geradezu verlangt, dass die Absicht des Handelnden auf die Verletzung eines bestimmten Rechtes gerichtet ist, annimmt, dass Irrtum über civilrechtliche, staatsrechtliche und sonstige Fragen, deren richtige Beantwortung für die Rechtswidrigkeit der Handlung entscheidend ist, den Angeklagten entschuldige, derjenigen Delikte aber, bei denen die Rechtswidrigkeit im Thatbestand erwähnt ist, ohne dass sie zu den oben bezeichneten gehören, nicht besonders gedenkt.

Weil der bezeichnete Irrtum in solchem Falle die Wirkung hat, dass der Thäter ein Recht zur Vornahme der Handlung zu haben glaubte, so erhebt sich die Frage, ob die Annahme eines Rechtes, das thatsächlich der Rechtsordnung unbekannt ist, hier entschuldigt, oder unentschuldbarer Rechtsirrtum ist.

v. Bar nimmt an, dass z. B. die irrige Unterstellung eines Rechtssatzes, der dahin lautete, dass Sachen von geringem Wert, wenn sich der Eigentümer nicht binnen bestimmter Frist meldet, und der Finder sie unverhohlen gehalten hat, von Letzterem wie sein Eigentum behandelt werden dürften, auch nach unserem R.-Str.-G.-B. Straflosigkeit bewirken müsse. Der Annahme eines „einfach unvernünftigen" Rechtssatzes will er diese Wirkung allerdings nicht beimessen, eine Bemerkung, durch die der aufzustellende Grundsatz an Sicherheit nicht gewinnt.

v. Bar verwirft die oben angeführte Unterscheidung zwischen entschuldbarem Civil-, Staats- etc. Rechtsirrtum und

[39] I. S. 310.

[40] Ger.-Saal XXXVIII, S. 270.

unentschuldbarem Strafrechtsirrtum als nicht durchführbar, weil das Strafrecht die Vorschriften des Privat- und Staatsrechts deckt, so ist ein Irrtum über den Inhalt des Strafgesetzes — abgesehen von der Frage nach Art und Mass der Strafe — meist begründet in einem Irrtum über das durch die Strafsanktion geschützte Recht; auch ist es ein Widerspruch, dass Irrtum über allgemeine Befugnisse, die allerdings keine subjektiven Rechte, wohl aber erlaubte Handlungen darstellen (wie Benützung der öffentlichen Strassen, Schöpfen aus öffentlichen Brunnen u. dergl.) und die gemeinhin auch als Rechte bezeichnet werden, unentschuldbar sein soll, während Irrtum über privilegierte Befugnisse allemal entschuldigen soll.

v. Bar ist also für die oben bezeichneten Delikte der Anschauung, dass auch die irrtümliche Annahme eines derart nicht anerkannten Rechtes entschuldigt.

Lucas[41] hebt hervor in ähnlichem Sinne wie v. Meyer, dass eine Reihe von Thatumständen nur dann ein Delikt vorstellen, wenn sie nicht nur den Thatbestand der Strafsatzung erfüllen, sondern auch nicht auf Grund einer nicht dem Strafrecht angehörigen Rechtsnorm erfüllt sind, so dass die Verletzung einer Norm des öffentlichen oder des Privatrechts zu der betreffenden Handlung hinzukommen muss, um die Strafbarkeit herzustellen (dass diese Auffassung nicht ganz zutreffend ist, wurde bereits oben berührt).

Diejenigen Delikte aber, bei denen das R.-Str.-G.-B. die Rechtswidrigkeit besonders hervorgehoben hat, hält Lucas nicht für eine Klasse von Besonderheit, sondern bezeichnet das „widerrechtlich“ als superfluum (l. c. S. 90).

Er zieht den Schluss, dass wenn in Ansehung dieser Delikte eine Verurteilung ohne Bewusstsein der Rechtswidrigkeit überhaupt nicht denkbar wäre, das Fehlen dieses Bewusstseins selbst dann strafausschliessende Wirkung hätte, wenn es auf Unkenntnis des Strafgesetzes beruht.

Diese Argumentation scheint nicht zwingend, denn es könnte ja denkbarer Weise der Wille des Gesetzgebers sein, trotz des im Allgemeinen für diese Fälle aufgestellten Erfordernisses des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit den Grundsatz, dass Strafrechtsirrtum nie entschuldigt, auch hier durchgreifen

[41] Subjektive Verschuldung S. 60.

zu lassen — möglicherweise in der auch von Lucas vertretenen strengen Auffassung, der z. B. in der irrtümlichen Annahme eines vom Gesetz nicht eingeräumten Züchtigungsrechtes einen wegen der vorhandenen Beziehung auf das Strafrecht unentschuldbaren Irrtums sieht.[42] (Wenn Lucas v. Schwarze citiert: „Mit dem Wort rechtswidrig wird zunächst nur die Handlung selbst charakterisiert, dagegen noch nicht das Bewusstsein dieses Charakters der Reflexion des Thäters ausgedrückt" und diesem Anspruch besondere Bedeutung beimisst, weil dieser Autor selbst das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit zum Dolus verlange, so dürfte eben darum das Zeugnis an Beweiskraft verlieren, weil v. Schwarze von anderen Voraussetzungen ausgeht.)

Auch Kronecker[43] sieht in der Hervorhebung der Rechtswidrigkeit nichts von juristischer Bedeutung: Das R.-Str.-G.-B. enthält eine Reihe von Thatbeständen, die sowohl durch rechtmässiges als rechtswidriges Handeln realisiert werden können und nur im letzteren Falle Delikt sind; bei einigen ist das Merkmal der Rechtswidrigkeit hervorgehoben, bei anderen stillschweigend vorausgesetzt, ohne dass für diese Verschiedenheit ein Princip oder gesetzgeberischer Zweck ersichtlich wäre. Zum Thatbestand gehören nach Kronecker bei den soeben erwähnten Delikten auch die Momente, in Folge deren die That in concreto Delikt ist, also der Mangel einer Berechtigung zur Vornahme der Handlung und zwar als Thatumstände im Sinne des § 59 R.-Str.-G.-B. (Notwehr und Notstand sind in die Betrachtung nicht einbezogen). Demnach entschuldigt die irrige Annahme eines in der That in der Rechtsordnung nicht bestehenden Rechtes unter keinen Umständen. „Ein infolge Rechtsirrtums unbewusstes Auflehnen gegen den Rechtswillen wird behufs Aufrechterhaltung der Rechtsordnung wie ein bewusstes behandelt."

Ob die Aufstellung „negativer Thatbestandsmerkmale", wie sie auch von Kronecker, wenn gleich in beschränkterem Umfang, als zum Beispiel von Löffler erfolgt ist, an sich eine Berechtigung hat, soll bei der sogleich vorzunehmenden Be-

[42] l. c. S. 100.
[43] Ger.-Saal XXXVIII, S. 494.

trachtung des Standpunktes des Reichsgerichts gegenüber den beiden behandelten Fragen gegenüber erörtert werden. Jedenfalls aber lässt sie sich nicht aus § 59 herleiten, der den Begriff des gesetzlichen Thatbestandes voraussetzt; vielmehr dürfte es richtiger sein, den betreffenden Paragraphen auf den Erfolg zu beziehen. (Einer gesetzlichen Hervorhebung dessen, was er besagt, hätte es allerdings nicht bedurft.)[44] Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass alle diejenigen Schriftsteller, die zum Dolus das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit erfordern, keinen Anlass haben, die Frage zu prüfen, ob die soeben besprochenen Delikte besondere rechtliche Eigentümlichkeit besitzen.[45]

V.

Das Reichsgericht hat wiederholt die Frage der putativen Notwehr behandelt.

Die Entscheidung vom 9. IV. 81[46] bemerkt, dass straflos sei, wer bei der Notwehr die objektive Seite unrichtig beurteilt und irrtümlich die thatsächlichen Voraussetzungen derselben gegeben erachtet. Ebenso die Entscheidung von 6. IV. 89.[47] Die dort allegierte Entscheidung vom 30. VI. 82[48] führt aus:

Wie nach § 59 des R.-Str.-G.-B. der Dolus des Thäters soweit ausgeschlossen ist, als er das Vorhandensein wesentlicher Thatumstände nicht kannte, so muss bei dolosen Delikten umgekehrt Straflosigkeit eintreten, wenn der Thäter irrtümlich Thatumstände annimmt, welche die Handlung zu einer schuldlosen machen, denn es fehlt dann dem Thäter an derjenigen Beschaffenheit des Willens, welche das Gesetz erfordert, um den Thäter für den eingetretenen Erfolg als gewollten, verantwortlich zu machen.

Die Entscheidung vom 2. XII. 91[49] bestätigt wiederum, dass die Strafbarkeit des Handelnden, soweit es sich um ein vorsätzliches Delikt handelt, wegen mangelndem Dolus ausge-

[44] v. Liszt, III. Aufl., S. 177; v. Bar l. c., S. 289.

[45] Hammerer, Der Einfluss des Rechtsirrtums S. 54, s. auch Olshausen Comm. ad § 59 u. 30.

[46] E. IV. S. 101.

[47] E. XIX. S. 298.

[48] E. VI. S. 405.

[49] E. XXI. S. 189.

schlossen ist, wenn der Angeklagte irrtümlich der Ansicht war, dass die fragliche Handlung durch Notwehr geboten war; der auf thatsächlichem Irrtum beruhende Mangel des Dolus bewirkt die Straflosigkeit.

Die Argumentation des Reichsgerichts lässt sich nicht wohl vereinigen mit dem Grundsatz: „Es kann nicht gefordert werden, dass der Thäter sich wenigstens der Rechtswidrigkeit, des Verboten-, bezw. Unerlaubtseins seiner Handlung bewusst gewesen ist.“ [50]

Wenn in den erwähnten Fällen das Reichsgericht von einem Mangel des Dolus spricht, so ist sofort ersichtlich, dass hiebei ein anderer Dolusbegriff, als den beiden in dieser Abhandlung vorangestellten Definitionen entspricht, zu Grunde liegen muss. In den behandelten Fällen vermeintlicher Notwehr war der Entschluss zum Handeln vom Thäter gefasst unter dem Bewusstsein der Causalität der Handlung, unter der Vorstellung derjenigen Veränderungen, die die Körperbewegung in der Aussenwelt hervorzubringen hatte. Es war aber auch die Verletzung des vermeintlichen Angreifers bezweckt, bezw. in der beabsichtigten Abwehr des vermeintlichen Angriffs notwendig enthalten. Also muss in dem Dolus im Sinne des Reichsgerichts noch ein weiteres im Falle putativer Notwehr nicht vorhandenes Moment enthalten sein. Sogleich möchte sich die Antwort aufdrängen: das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit. Allein das Reichsgericht sieht, wie gesagt, von diesem Erfordernis ab. Die Schlussfolgerung des Reichsgerichts geht vom § 59 R.-Str.-G.-B. aus: wie das Nichtwissen wesentlicher Thatumstände ein Delikt nicht zur Entstehung gelangen lässt, so soll dies auch die Annahme von Thatumständen bewirken, die, wenn vorhanden, die Schuld ausschliessen. Diese Thatumstände, hier die Bedingungen der Notwehr, schliessen aber, wie wir gesehen haben, zunächst die Rechtswidrigkeit der Handlung aus, womit allerdings auch die Möglichkeit eines Dolus entfällt. Die Wirkung des Irrtums, auf die es ankommt, ist also die, dass die Handlung, so wie sie der Thäter sich vorstellt, nicht die Qualität einer rechtswidrigen hat.

---

[50] Entscheid. v. 25. IX. 80, E. II. S. 269.

Auf das Vorhandensein des Dolus kann aber dieser Umstand keinen Einfluss haben, wenn man nicht das Erfordernis des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit hinzunimmt.

Die Ansicht des Reichsgerichts führt zur Aufstellung von negativen Thatbestandsmerkmalen im weitesten Sinn, auf die sich der Dolus zu beziehen hat. (Die Anführung negativer Thatbestandsmerkmale ohne das Erfordernis, dass sie vom Dolus umfasst werden, wäre lediglich die negative Bestimmung des allgemeinen Thatbestandsmerkmals der Rechtswidrigkeit). Wenn man demzufolge die negativen Thatbestandsmerkmale als gleichartig mit den positiven auffasst, lässt sich allerdings ein scheinbar glattes und befriedigendes Resultat folgern. Zum Delikt gehören positive Thatbestandsmerkmale und negative Thatbestandsmerkmale i. e. (wie oben bei der Anführung der Ansicht Löffler's gezeigt) das Nichtvorhandensein von sogenannten Schuldausschliessungsgründen. Sind die negativen Thatbestandsmerkmale nicht vorhanden, d. h. sind Schuldausschliessungsgründe vorhanden, so liegt wegen Mangels des objektiven Thatbestands ein Delikt nicht vor, gleichgiltig, ob dem Thäter dies bewusst war oder nicht. Sind die negativen Thatbestandsmerkmale vorhanden, d. h. liegen Schuldausschliessungsgründe nicht vor, nimmt aber der Thäter solche Gründe an, so kommt kein vorsätzliches Delikt zu Stande, weil das Bewusstsein des Thäters auf das Merkmal des Nichtvorhandenseins von Schuldausschliessungsgründen sich nicht erstreckt.

Dass die negativen Thatbestandsmerkmale aber wirklich solche sind, auf die sich der Dolus beziehen muss, steht noch zu beweisen.

Das Gesetz stellt keinen allgemeinen Thatbestand auf, sondern nur eine Reihe von speziellen, aus denen man ein allgemeines Erfordernis negativer Thatbestandsmerkmale nicht entnehmen, nach denen man zum Dolus vielmehr lediglich das Bewusstsein der positiven Merkmale (abgesehen von den objektiven Bedingungen der Strafbarkeit) erfordern kann. Auch der Wortlaut der Bestimmungen über Notwehr und Notstand berechtigt nicht zu solcher Aufstellung — umsoweniger, als die anderen Schuldausschliessungsgründe keine allgemeine Erwähnung gefunden haben. Das Erfordernis der negativen

Thatbestandsmerkmale ist eine Vorwegnahme des Satzes, dass das irrtümliche Annehmen von Schuldausschliessungsgründen straflos mache.

Merkmale des speziellen Thatbestandes im eigentlichen Sinn, „positive Thatbestandsmerkmale“ oder auch Thatumstände im Sinne des § 59 R.-Str.-G.-B. sind Gegenstände und Vorgänge, auf die der Dolus des Thäters sich bezieht, die Objekt seiner Vorstellung sind.

Negative Thatbestandsmerkmale aber — das Nichtvorhandensein von Thatsachen, die Notwehr etc. begründen — sind nichts wirkliches, sondern ein Urteil dessen, der die Handlung vom strafrechtlichen Standpunkt aus prüft. So wenig eine Unterlassung einen Erfolg verursacht, so wenig ist das Nichtvorhandensein von Thatsachen ein Bestandteil des Thatbestandes. Es ist also gar nichts vorhanden, worauf der Dolus sich beziehen müsste.

Von einer Beziehung des Vorsatzes auf diese sogenannten Thatbestandsmerkmale liesse sich reden, wenn der Thäter sich bewusst ist, dass Notwehr etc. begründende Thatumstände nicht vorliegen; der Vorsatz bezieht sich aber nicht darauf, sondern verhält sich indifferent, wenn das Bewusstsein weder eine Vorstellung von der Existenz, noch von der Nichtexistenz solcher Thatumstände umfasst; gleichwohl aber liegt in solchem Falle der erforderliche Dolus zweifellos vor.

Die Lösung der Schwierigkeit mit Hilfe des Begriffs der negativen Thatbestandsmerkmale und des § 59 R.-Str.-G.-B. erscheint somit nicht als zutreffend, denn § 59 behandelt nicht Unkenntnis von Begriffsmerkmalen, deren Gesammtheit das Strafgesetz bildet, sondern von Thatumständen, die zum gesetzlichen Thatbestand gehören,[51] die Aufstellung negativer Thatbestandsmerkmale ist aber wesentlich nichts anderes als eine Umschreibung des allgemeinen Begriffsmerkmals der Rechtswidrigkeit. Thatumstand im Sinne des § 59 ist alles, dessen Kenntnis durch die gesetzliche Definition eines einzelnen Vergehens beim Thäter ausdrücklich gefordert wird.[52]

Auch § 266 R.-Str.-G.-B. spricht gegen die negativen Thatbestandsmerkmale, weil nach dieser Auffassung doch wohl

[51] R.-G. 2. XII. 90, E. XXI S. 189.
[52] R.-G. 15. II. 83, E. VIII. S. 104.

bei jedem verurteilenden Erkenntnis das Nichtvorhandensein von Schuldausschliessungsgründen konstatiert werden müsste.

Was die irrtümliche Annahme einer besonderen Berechtigung anlangt, so berücksichtigt es das Reichsgericht, wenn der Thäter Thatsachen irrtümlich annahm, die, wenn wirklich vorhanden, eine von der Rechtsordnung anerkannte Befugnis zur Vornahme der Handlung verleihen würde. Dagegen wird als unentschuldbarer Strafrechtsirrtum behandelt die irrige Annahme einer Berechtigung, die vom Gesetz nicht anerkannt ist. Das Reichsgericht beruft sich bei der Behandlung dieser Fälle auf § 59 R.-Str.-G.-B., so dass das soeben über die Annahme von negativen Thatbestandsmerkmalen Ausgeführte Platz greift. Oder man muss den Paragraphen zum Ausgangspunkt des Satzes nehmen: „wenn das Nichtwissen wesentlicher thatsächlicher Bedingungen einer strafbaren Handlung keine strafbare Handlung entstehen lässt, so ist dies auch bezüglich der irrtümlichen Annahme von Thatsachen der Fall, deren Vorhandensein der Handlung den Charakter der Rechtswidrigkeit benehmen würde“ — eine extensive Interpretation, deren Richtigkeit bewiesen werden müsste.

Die Entscheidung von 9. IV. 81.[53] erklärt die Annahme des Angeklagten, es stehe ihm als Erwachsener und Bestohlener ein Züchtigungsrecht gegen den ihn bestehlenden Knaben zu, für strafrechtlichen Irrtum und unentschuldbar, die Entscheidung vom 13. V. 90[54] als eben solchen Irrtum in Anbetracht des § 321 R.-Str.-G.-B. die Annahme des Thäters, er sei kraft seines Eigentumes befugt, auf seinem Privatbesitz einen Weg durch einen Graben in beliebiger Weise zu sperren. Im letzteren Falle geht der Irrtum allerdings dahin, dass der Thäter nicht weiss, wie weit sein Privateigentum durch das Strafgesetz eingeschränkt wird; wenn dagegen der erste Fall sich so denken lässt, dass der Thäter die Einwilligung dessen dem wirklich ein Züchtigungsrecht zustand, voraussetzen durfte, so erscheint der Irrtum als civilrechtlicher und wäre nach der Ansicht des Reichsgerichts demnach als ein entschuldbarer zu behandeln.

---

[53] E. IV. S. 98.

[54] E. XX. S. 393.

VI.

Vom Standpunkt des Reichsgerichts scheint kein Anlass gegeben, die Delikte, bei denen der besondere Thatbestand die Rechtswidrigkeit hervorhebt, hinsichtlich der sogenannten Schuldausschliessungsgründe abweichend zu behandeln.

Die grösste Zahl dieser Delikte sind unter Strafe gestellte Eingriffe in fremde Rechtssphäre. Demjenigen, der vorsätzlich einen solchen Eingriff vornimmt, kann (abgesehen von Notwehr und Notstand) das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nur fehlen, wenn er positiv überzeugt war, zu seiner Handlung berechtigt zu sein, in Ausübung eines bestimmten Rechtes zu handeln. Wer eine Sache wegnimmt und weiss, dass sie eine fremde ist, muss sich so lange bewusst sein, dass er durch ihre Zueignung fremde Rechte verletzt, als er sich nicht eine Befugnis zu dieser Zueignung zuschreiben kann. Wer sich durch Täuschung einen Vermögensvorteil auf Kosten eines Dritten verschafft, kann nicht anders, als wissen, dass er dessen Vermögensrechte verletzt, falls er nicht auf diesen Vorteil einen wirklichen Anspruch hat. Der Thäter, der weiss, dass ihm das Jagdrecht da, wo er jagt, nicht zusteht, ist sich bewusst, fremdes Recht zu verletzen. Wer einen Menschen einsperrt, weiss, dass er in dessen Recht auf persönliche Freiheit eingreift; nur der Glaube an ein Recht zu diesem Eingriff kann das Bewusstsein einer Rechtsverletzung ausschliessen. Ebenso verhält es sich mit der Nötigung.

Es scheint somit, dass das Hervorheben der Rechtswidrigkeit kein neues Erfordernis einführt und vom strengen Standpunkt aus überflüssig ist. — Das einfache Weglassen der Worte: „widerrechtlich“, „rechtswidrig“, „unbefugt“ aus den betreffenden Paragraphen könnte allerdings unter Umständen den Anschein erwecken, als sollte die äussere Handlung an sich schon unter Strafe gestellt werden, auch wenn sie keine Verletzung der Rechte einer Person enthielte, als sei z. B. Täuschung auch zum Zweck der Befriedigung eines wirklichen Anspruchs, das Wegnehmen einer fremden Sache auch zum Zweck rechtmässiger Zueignung (als Eigenmacht) allemal strafbar. — Wenn die irrtümliche Annahme einer solchen Berechtigung aber nicht auf der Verkennung von Thatsachen beruht, sondern eine Befugnis, wie die vom Thäter angenom-

mene in der Rechtsordnung überhaupt nicht anerkannt ist, so muss dieser Irrtum nach der oben angeführten Anschauung des Reichsgerichts als strafrechtlicher bezeichnet werden.

Bei anderen Delikten, bei denen die Rechtswidrigkeit — namentlich durch das Wort „unbefugt“ — hervorgehoben ist und die eine Handlung abgesehen von einer Verletzung von Rechten verbieten, kann das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit fehlen aus Unkenntnis des Verbots oder in Folge Annahme eines Rechtes, das derart von der Rechtsordnung nicht anerkannt ist.

Für beide Unterarten von Delikten scheint kein Grund vorhanden, denjenigen Irrtum, der sonst als Strafrechtsirrtum behandelt wird, hier abweichend aufzufassen, und die Aufstellung, „die Rechtswidrigkeit sei hier Thatbestandsmerkmal“ und die Heranziehung des § 59 vermag kein Gegenargument zu liefern.

Die Entscheidung vom 6. V. 81[55] hat den Irrtum über ein aus dem Mietvertrag zu folgerndes Recht für nicht entschuldigend bei der Anklage wegen Hausfriedensbruchs erklärt, indem sie feststellt: Der Angeklagte habe rechtsirrtümlich angenommen, dass er die ihm kraft Mietvertrags zustehende Befugnis zum Eintritt etc. in das vermietete Grundstück ohne Weiteres auf Dritte übertragen könne.

Der Vermieter hat somit nach der Anschauung des Reichsgerichts ein Recht zu haben geglaubt, wie es die Rechtsordnung nicht anerkennt. Die Einräumung einer solchen Befugnis wäre aber wohl denkbar und ihre irrige Annahme beruht ersichtlich auf einer falschen Auslegung des Mietvertrags, bezw. im Irrtum über Civilrechtssätze, wäre also als thatsächlicher Irrtum zu behandeln.

Dagegen hat die gleiche Entscheidung bezüglich der Bediensteten des Vermieters ausgeführt, dass ein unter § 59 Abs. 1 R.-Str.-G.-B. fallender Irrtum vorliegt, wenn der Thäter angenommen hat, dass ein Dritter vermöge seines Eigentumsrechtes oder eines Vorbehaltes im Mietvertrag das Recht besitze, ihm den Eintritt und das Verweilen auf dem betreffenden vermieteten Grundstück zu gestatten, er somit annimmt,

---

[55] E. IV. S. 124.

dass seine Handlung vermöge eigenen vom Dritten abgeleiteten Rechtes dem Mieter gegenüber nicht widerrechtlich sei.

Wie schon erwähnt, ist ein Vorbehalt, der eine solche Uebertragung des vorbehaltenen Rechtes gestattet, rechtlich nicht unmöglich; wenn aber das Reichsgericht auch das Eigentumsrecht nennt und besagen will, dass die Annahme entschuldige, das Eigentumsrecht gestatte eine solche Uebertragung, so stände das im Widerspruch mit dem sonst eingenommenen Standpunkt, wonach die Berufung auf eine Befugnis, die das Recht nirgends anerkennt, strafrechtlichen und unentschuldbaren Irrtum vorschützt.

Die Entscheidung vom 26. III. 89[56] sagt bezüglich des Vergehens der Sachbeschädigung: „Die Rechtswidrigkeit erscheint als ein Thatumstand, der dem Angeklagten nach § 59 R.-Str.-G.-B. nicht zugerechnet werden kann, wenn er dessen Vorhandensein bei Begehung der That nicht kannte . . . . . Merkmale, die auf gewissen rechtlichen Voraussetzungen beruhen, gestalten sich zu Thatbestandsmerkmalen im Sinne des § 59.“ Der Irrtum eines Jagdberechtigten, er dürfe einen Hund, der sich zwar unter Aufsicht seines Herrn, aber nicht an der Leine befindet, kraft seines Jagdrechtes töten, wird hier nicht als Irrtum über Bestehen und Sinn des Strafgesetzes, sondern als civilrechtlicher Irrtum bezeichnet. Zweifellos hat sich hier der Angeklagte eine im Recht nicht anerkannte Befugnis zugesprochen und der Irrtum wäre nach der sonst vom Reichsgericht geübten Unterscheidung als strafrechtlicher anzusehen.

Aehnlich bezeichnet auch die Entscheidung vom 12. III. 89[75] bei einer Anklage nach § 304 R.-Str.-G.-B. als unentschuldbaren, nicht das Strafrecht betreffenden Irrtum den Fall, wenn der Thäter annahm, sein Eigentum verleihe ihm das Recht, die auf seinem Acker stehenden Alleebäume umzuhauen. Diese Entscheidung interessiert namentlich im Hinblick auf die oben citierte vom 13. V. 80 bezügl. § 321 R.-Str.-G.-B.

Die Entscheidung vom 6. VI. 89[58] stellt fest, dass es

---

[56] E. XIX S. 209.
[57] E. XIX S. 87.
[58] E. XIX S. 298.

unbeachtlicher strafrechtlicher Irrtum ist, wenn Jemand glaubt, Widerrechtlichkeit im Sinne der § 123. 240 werde schlechthin durch die Verfolgung berechtigter Zwecke ausgeschlossen, oder es bestehe ein allgemeines Recht zwecks Selbsthilfe den Hausfrieden zu brechen oder Zwangsgewalt gegen Personen anzuwenden. Die Unsicherheit der Unterscheidung von strafrechtlichem und civilrechtlichem Irrtum zeigt sich auch hier. Während man einerseits sagen kann, dass der Thäter nicht weiss, dass seine — vermeintlich berechtigte — Selbsthilfe etwas vom Strafgesetze verbotenes ist, so ist doch andererseits der Begriff der Selbsthilfe wesentlich dem Civilrecht angehörig und insofern der Irrtum darüber, inwieweit Selbsthilfe anerkannt ist, ein civilrechtlicher.

Die Entscheidung vom 15. II. 83[59] hat bei einer Anklage wegen widerrechtlicher Verhaftung gemäss § 341 ausgesprochen: „Alles, dessen Kenntnis durch die gesetzliche Definition eines einzelnen Vergehens beim Thäter ausdrücklich gefordert wird, ist aus dem Gesichtspunkt des § 59 betrachtet, etwas thatsächliches und ein Thatumstand, auch wenn es sich dabei um gesetzliche Bestimmungen handelt.“ Das Gericht stellt somit das Erfordernis auf, der Beamte müsse überzeugt gewesen sein, rechtswidrig zu handeln und es lässt die Entschuldigung gelten, dass der Beamte die auf die Verhaftung bezüglichen gesetzlichen Bestimmungen nicht gekannt habe.

Ein Beamter kann, ohne sich des Rechtswidrigen seiner Handlung bewusst zu sein, nur dann eine Verhaftung vornehmen lassen, wenn er glaubt, eine gesetzliche Bestimmung damit zu vollziehen. Die auf der Unkenntnis des Gesetzes beruhende irrtümliche Annahme aber, es liege ein Fall berechtigter Verhaftung vor, ist jedenfalls gewisser ein Irrtum darüber, ob eine Handlung, deren thatsächliche Seite ohne Irrtum erkannt ist, vom Gesetz verboten ist, also ein strafrechtlicher Irrtum, als der oben erwähnte Irrtum des Vermieters.

Das Reichsgericht hat somit vielfach bei den in Rede stehenden Delikten die sonst von ihm geübte Unterscheidung von Strafrechts- und thatsächlichem Irrtum verlassen.

---

[59] E. VIII. S. 104.

VII.

Aus den vorstehenden Betrachtungen ergibt sich folgendes:

Wenn man in Uebereinstimmung mit einer grossen Zahl hervorragender Rechtsgelehrter und mit der Praxis unseres obersten Gerichtshofes davon ausgeht, dass das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht wesentlich dem vorsätzlichen Delikt zugehört, so lässt sich theoretisch die Berücksichtigung, die der irrtümlichen Annahme von Schuldausschliessungsgründen thatsächlich in Doktrin und Praxis zu Teil wird, nicht mit zwingender Begründung vertreten. Denn ein solcher Irrtum bewirkt nur, dass der Thäter den von ihm herbeizuführenden objektiv rechtswidrigen Erfolg nicht als rechtswidrigen will, dass er glaubt, in Uebereinstimmung mit dem Rechte zu handeln.

Die Bestimmungen des Reichsstrafgesetzbuches enthalten keine Vorschrift über die Behandlung des in Frage stehenden Irrtums. Dass insbesondere § 59 nicht in dieser Richtung verwertet werden darf, wird von verschiedenen Autoritäten ausgesprochen.

Diejenigen Theorien, die versuchen, im Anschlusse an die Paragraphen des Strafgesetzbuches ein nach allen Richtungen konsequentes und gleichzeitig befriedigendes Resultat zu erzielen, erscheinen im Wesentlichen als Kompromisse, als Versuche, den Worten des Gesetzes ein Princip zu entnehmen, von dem aus den Anforderungen der Praxis genügt werden kann.

Im Hinblick auf die Ansicht der überwiegenden Mehrheit der Rechtsgelehrten, wie auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts ist als herrschende Lehre zu bezeichnen, dass die irrtümliche Annahme von thatsächlichen Voraussetzungen eines vom Rechte anerkannten Schuldausschliessungsgrundes den Dolus aufhebt und der Thäter höchstens wegen Fahrlässigkeit verantwortlich bleibt.

Streitig bleibt dagegen die Frage, welche Berücksichtigung die Annahme einer Berechtigung zur Handlung, wie

sie das objektive Recht nicht kennt, finden kann, z. B. irriger Glaube an ein Notstands- oder ein Züchtigungsrecht. Wenn an dem Grundsatz festgehalten werden muss, dass Irrtum über Bestehen oder Bedeutung eines Strafgesetzes keinenfalls entschuldigen kann, so muss solchem Irrtum jeder Einfluss auf das Vorhandensein subjektiver Verschuldung abgesprochen werden.

B.

Die Berechtigung körperlicher Eingriffe zu ärztlichen Zwecken.

I.

Sieht man von den kraft öffentlichen Amtes vorgenommenen Handlungen ab, so gibt es keinen die Rechtswidrigkeit einer That beseitigenden Grund, der im täglichen Leben öfter hervorträte und für die menschliche Gesellschaft eine grössere Bedeutung hätte, als derjenige ist, der bestimmte ärztliche Handlungen erlaubt.

Handlungen, die an sich Körperverletzungen (unter Umständen auch Nötigung oder Tötung) darstellen würden, werden für Zwecke der Heilkunde täglich in unzähligen Fällen ungestraft und im Bewusstsein ihrer Berechtigung vorgenommen.

Gleichwohl besteht über den Grund und den Umfang solcher Berechtigung keine Uebereinstimmung in der Wissenschaft, auch hat die Frage trotz ihrer hervorragenden Wichtigkeit noch wenig eingehendere Behandlung gefunden, sie wurde vielmehr — wenigstens innerhalb der deutschen Litteratur — zum ersten Male im Jahre 1892 durch eine akademische Rede des Rechtslehrers Professor Oppenheim in Basel nach ihrem ganzen Umfang beleuchtet.[60] Erst in jüngster Zeit hatte das Reichsgericht Anlass, zu der Frage Stellung zu nehmen.[61]

Das Gesetz bietet zur Lösung des Problems keinen Anhalt; die ärztliche Berechtigung ist mit Stillschweigen übergangen, obwohl sie zweifellos vom Gesetzgeber anerkannt ist. Sie muss daher in dem zweiten rechtsbildenden Faktor ihren Ursprung haben, im Gewohnheitsrecht.[62]

[60] Oppenheim, das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen bei Gesunden und Kranken. Basel 1892.

[61] Erk. v. 31. V. 94, E. XXII, S. 127.

[62] Die cit. Reichsgerichtsentscheidung spricht sich über diesen Punkt nicht aus.

Die Erkenntnis dieses Gewohnheitsrechtes, die Schwierigkeit, zu unterscheiden, was im gegenwärtigen Augenblick der bestehenden Rechtsüberzeugung entspricht, dies ist das grosse Hindernis, das der Behandlung der Frage sich in den Weg stellt.

Um zu erfahren, was hier Rechtens ist, dürfen wir nicht die Autoritäten der römischen Jurisprudenz zu Hilfe rufen. Die unendliche Verschiedenheit der medicinischen Wissenschaft von damals und von heute, der Unterschied in der Auffassung der individuellen, wie der socialen Stellung des Menschen, der sich seit jenen Zeiten entwickelt hat, würde ihrem Zeugnisse, soweit ein solches aufzufinden wäre, die Beweiskraft nehmen. Noch weniger Aufklärung dürfen wir von der kanonistischen und der älteren gemeinrechtlichen Wissenschaft erhoffen, von einer Lehre, die der Naturkunde feindlich gegenüberstand und gelegentlich physiologische Fragen aus dem Alten Testament beantwortete. (Vgl. die so lange massgebende Unterscheidung des foetus animatus und non animatus nach II Moses cap. 21. V. 22 ff.)[63]

Nur aus der Betrachtung der Gegenwart, im Anschlusse an das täglich sich erneuernde Fortschreiten der Heilkunde kann die Antwort auf die aufgeworfene Frage entnommen werden. Um so schwieriger ist es, in dieser unaufhaltsamen Entwicklung das Allgemeingiltige zu erkennen, als die Praxis unserer Gerichte, namentlich bis vor kurzem die des höchsten Gerichtshofs, wenig Material zur Lösung des Problems bietet. Das hauptsächlichste Argument, das sich verwerten lässt, ist die Duldung der ärztlichen Handlungen, die Thatsache, dass sie jederzeit auf Verlangen der Privatpersonen unverhohlen vorgenommen und ebenso in voller Oeffentlichkeit erörtert werden, ohne dass das öffentliche Bewusstsein sich dawider erhebt oder die Behörden dagegen einschreiten. Sobald aber schwierigere Fragen auftauchen, beginnt der feste Boden zu schwinden und mehr oder weniger muss die logische Folgerung ersetzen, was an positiver Rechtssatzung mangelt.

[63] Mit der Frage der perforatio hat sich diese Zeit eingehend beschäftigt, es wird hierauf zurückzukommen sein.

Solange daher der Gesetzgeber nicht gesprochen hat, muss das Bestreben dahin gehen, eine communis opinio der Wissenschaft zu erzielen, die bis zur gesetzlichen Regelung die Rechtsüberzeugung der Gesammtheit zu stüzen, zu berichtigen und zu ergänzen vermag.

II.

Die ärztlichen Einwirkungen auf den Menschen lassen sich nach ihrem Zweck unterscheiden,[64] in solche

a) für Heilzwecke im engeren Sinn, wohin gehören die Heilung, sowie die Linderung von Krankheiten im weitesten Begriff und die Geburtshülfe,

b) in solche zur Beseitigung körperlicher Mängel oder nicht eigentlich krankhafter Zustände zum Zwecke besseren Funktionierens des Körpers oder aus ästhetischen Rücksichten,

c) endlich in solche zum Zwecke des Experiments.

Diejenigen Einwirkungen, die für Zwecke der Psychiatrie vorgenommen, sich wesentlich auf das Vorstellungs- bezw. Willensvermögen des Kranken richten, sollen bei der folgenden Betrachtung zunächst nicht berührt werden; die anzustrebende Lösung der Aufgabe würde sich ohne weiteres auch auf dieses Gebiet — auf dem besonders der Gesichtspunkt der Nötigung in Betracht kommt — übertragen lassen. Aus dem gleichen Grunde werden ärztliche Handlungen auf dem übrigen Gebiet der Heilkunde, die an sich als Nötigung erscheinen könnten, nicht überall ausdrücklich in die Betrachtung einbezogen werden.

Eine Menge ärztlicher Eingriffe erscheinen an und für sich betrachtet als Körperverletzungen der verschiedensten Art im Sinne des Reichsstrafgesetzbuches. Viele erregen Schmerz, andere Ekel, wieder andere bewirken die Trennung oder Zerstörung von Teilen des menschlichen Organismus, noch andere verursachen Bewusstlosigkeit des Patienten.

Man könnte vielleicht an den Einwand denken, dass Eingriffe, die bewirken, dass ein krankhafter Zustand beseitigt wird, von vornherein nicht unter den Begriff der Körperver-

---

[64] Vergl. Oppenheim l. c. S. 20 f.

letzung fallen können. Allein dieser Einwand erweist sich sogleich als nicht stichhaltig. Für den Thatbestand der Körperverletzung kommt es zunächst nicht darauf an, welche Folgen die (unberechtigte) Einwirkung nach sich zieht. Körperverletzung im Sinne des Gesetzes ist jede Störung des physiologischen Zustandes eines Anderen, ihr Objekt ist die körperliche Integrität des Menschen, das heisst jener Zustand, in dem er sich zur Zeit der zugefügten Beschädigung befindet.[65] Stooss[66] hat in einer Polemik gegen Oppenheim die Anschauung ausgesprochen, eine gelungene Operation sei wegen des heilenden Erfolges keine Verletzung, eine misslungene sei dagegen eine zwar objektiv rechtswidrige Verletzung, es stehe aber der vom Arzte in entschuldbarem Irrtum vorgestellte dem wirklichen Erfolge gleich. Mit Recht hat Oppenheim[67] dagegen hervorgehoben, dass ein Schnitt in den Körper oder die Abtrennung eines Gliedes immer eine Verletzung ist, auch wenn sie einen günstigen Erfolg nach sich zieht, und dass es unrichtig ist, von einem später eintretenden Erfolg abhängig zu machen, ob der Arzt bei der Operation objektiv rechtswidrig handelte oder nicht.

Ein mit dem Vorsatz, Schmerz zu erregen, vorgenommener körperlicher Eingriff ist nach Obigem strafbare Körperverletzung, selbst dann, wenn er zufälligerweise eine für die Gesundheit des Verletzten günstige Wirkung gehabt haben sollte, ja sogar, wenn diese Wirkung dem Thäter bekannt war.[68] Auch das Reichsgericht hat in der erwähnten Entscheidung vom 31. V. 94 mit Entschiedenheit den Standpunkt vertreten, dass der Zweck oder gar der Erfolg eines chirurgischen Eingriffs keineswegs geeignet ist, zu bewirken, dass dieser nicht unter den Begriff der Körperverletzung falle.

Die gleiche Anschauung ist in den der Entscheidung beigedruckten Ausführungen des Oberreichsanwaltes niedergelegt.

[65] v. Holtzendorff, Hdbch. III., S. 526.

[66] Ztschr. f. Schweizer Strafrecht 1893, S. 53.

[67] Das. S. 332.

[68] Vor Kurzem stand ein Schullehrer vor Gericht, der seinen Schulkindern zur Strafe hohle Zähne ausgezogen hatte. Der Mann wurde übrigens freigesprochen.

Freilich hat die dem Nichtjuristen zunächst befremdend erscheinende Auffassung, dass eine Operation eine aus besonderem Grunde erlaubte Körperverletzung sei in der medicinischen Fachpresse bei Besprechung dieser Reichsgerichtsentscheidung den lebhaftesten Widerspruch erfahren.

Die oben unter b erwähnten Eingriffe fallen von vornherein nicht unter den angenommenen Einwand.

III.

Der Grund, welcher einen derartigen körperlichen Eingriff zu einem berechtigten macht, wird vielfach in der Einwilligung des durch diese Handlung Verletzten gesucht.

In neuerer Zeit ist ein erbitterter Streit um die Bedeutung des Satzes: „volenti non fit injuria“ begonnen worden.[69] Es sollte ein allgemeines Recht des Trägers eines Rechtsgutes bewiesen werden, wonach er dessen Verletzung ebenso wie er sie selbst vornehmen könne, einem Anderen gestatten, bezw. die Befugnis zu deren Vornahme übertragen dürfe. Dass ein derartiger Rechtssatz sich nicht von selbst versteht, dürfte klar sein.

Im Gegenteil, sobald der Gesetzgeber gewisse Handlungen bei Strafe verboten hat, bedarf es für jede Klasse solcher Handlungen besonderen Nachweises, ob dem Träger des durch die verbotene Handlung unmittelbar geschädigten Rechtsgutes freie Verfügung über dieses Rechtsgut eingeräumt sein sollte und insbesondere in dem Sinn, dass das Subjekt eine Verletzung des Rechtsgutes durch einen Dritten mit der Wirksamkeit erlauben dürfte, dass jener sich hierdurch nicht straffällig macht. Denn die Rechtsgüter sind nicht nur um des Individuums willen geschützt, das im einzelnen Falle ihr Träger ist, sondern einerseits muss die menschliche Gesellschaft schlechthin fordern, dass die Autorität des Gesetzes geachtet werde, andererseits hat sie auch vielfach ein eigenes von dem des Trägers des Rechtsguts verschiedenes Interesse daran, dass dieser in seinem Rechtsgut nicht verletzt wird. Es bedarf z. B. keines weiteren Beweises, dass die von gewissen fana-

[69] Durch Kesslers Monographie „Einwilligung des Verletzten“ s. hiezu die von H. Meyer S. 266, Anm. 10 Genannten.

tischen Sekten geforderten Verstümmlungen, also Verletzungen die mit Einwilligung vorgenommen werden, innerhalb eines civilisierten Staates nicht geduldet werden können.

Die Ansicht geht denn auch in der Wissenschaft überwiegend dahin, dass nach unserem Recht eine derartige Verfügungsgewalt über die eigene körperliche Integrität nicht eingeräumt und die mit Einwilligung des Verletzten begangene Körperverletzung strafbar ist.[70] Auch das Reichsgericht hat sich auf diesen Standpunkt gestellt.[71] Nach dessen Ansicht erscheint es auch nicht gerechtfertigt, einen Unterschied zwischen leichter und schwerer Körperverletzung zu machen und die erstere bei Einwilligung straflos zu erklären; in Ermangelung einer besonderen gesetzlichen Bestimmung[72] lässt es den allgemeinen Grundsatz auch hier Platz greifen.

Allein, auch wenn man der Einwilligung die Kraft zuschreiben wollte, der sonst strafbaren Handlung die Rechtswidrigkeit zu benehmen, so ist damit noch lange nicht die Berechtigung aller vom Arzte vorgenommenen Eingriffe erklärt. Denn nach den Beweisführungen, die der erwähnten Ansicht zu Grunde liegen, kann die Einwilligung nur von dem Träger des Rechtsgutes in eigener Person erteilt werden und ebenso ist es notwendig, dass sie demjenigen, der den Eingriff vornimmt, vom Verletzten wirklich zu wissen gethan worden ist. Sobald man von diesen Erfordernissen irgend etwas aufgibt, verlässt man das Fundament, auf dem die Lehre von der Einwilligung sich aufbaut und dessen Kern der ist, dass jedes Subjekt über seinen eigenen Rechtskreis verfügen kann, wie es will, soweit es kein rechtlich geschütztes Interesse eines anderen Subjektes verletzt. Unerklärt bleibt danach die Berechtigung zum Eingriff bei einem Kranken, der wegen Bewusstlosigkeit nicht einwilligen kann oder der verhindert ist, seine thatsächlich vorhandene Einwilligung kundzugeben; unerklärt auch die Berechtigung des Eingriffs bei Unzurechnungsfähigen — Kindern und Geisteskranken — deren Willen keine rechtliche Bedeutung beigelegt zu werden pflegt, deren

---

[70] v. Liszt S. 285, Hälschner S. 471, dagegen bes. Binding S. 722. 724.

[71] R.-G. 15. 11. 80, E. II, S. 442.

[72] R.-G. 22. 2. 82, E. VI, S. 61, dag. H. Meyer S. 472.

gesetzliche Stellvertreter aber doch nur ihren eigenen Willen äussern können, der konsequenterweise im Sinne der Einwilligungstheorie unmöglich den Willen des wahren Trägers des Rechtsgutes ersetzen kann. Die Entscheidung des Reichsgerichts vom 31. V. 94 berücksichtigt jedoch als Grund für die Zulässigkeit chirurgischer Operationen lediglich den Willen des Kranken. „Grundsätzlich und wesentlich entstammen die rechtlichen Prärogativen des Arztes aus der auf privater Willkür ruhenden Berufung. Für das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten wird innerhalb der Sphäre des bürgerlichen wie des peinlichen Rechtes an der zwischen beiden Personen bestehenden Willensübereinstimmung als dem leitenden und entscheidenden Gesichtspunkt festzuhalten sein.“ In dem dem Reichsgerichte vorliegenden Falle war ein siebenjähriges Kind durch eine Operation, die der vom Vater zugezogene Arzt wider dessen Willen vorgenommen hatte, von einer lebensgefährlichen Krankheit geheilt worden. Das Reichsgericht nahm ohne weitere Untersuchung dieser Art von Stellvertretung an, dass der Wille des Vaters, als des gesetzlichen Vertreters des Kindes auch in solchem Falle statt dessen eigenen Willens zu gelten habe. Auch der Oberreichsanwalt sieht den Grund der Straflosigkeit einer ärztlichen Operation lediglich in der Thatsache der Einwilligung des Patienten, hebt jedoch hervor, dass diese Einwilligung nicht allemal ausdrücklich erklärt sein müsse, vielmehr müsse, namentlich in solchen Fällen, wo Gefahr im Verzug obwalte und die erforderliche Willenserklärung nicht sofort beschafft werden könnte, dem pflichtmässigen Ermessen des Arztes, der von irgend einer Seite um seine Hilfeleistung angegangen worden sei, ein gewisser Spielraum gewährt und er als befugt angesehen werden, das Einverständnis des zu Operierenden unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles, weil vernünftig, auch als präsumptiv vorhanden vorauszusetzen.

Weniger, als es auf den ersten Blick scheinen möchte, unterscheidet sich von der Anschauung, die das Recht zum ärztlichen Eingriff schlechtweg auf die Einwilligung des Kranken gründet, die Ansicht Hälschners.[73]

[73] Deutsches Strafrecht I, S. 471.

Zwar behauptet er, dass eine Verletzung der körperlichen Integrität strafbar sei auch bei Zustimmung des Verletzten. Aerztliche Eingriffe aber seien mit Einwilligung des Kranken nicht strafbar: „weil es für den Kranken sittliche Pflicht ist, sich zum Zweck der Erhaltung seines Lebens solcher Behandlung zu unterwerfen, ist er berechtigt, einzuwilligen und dem Arzte das Recht zu ihrer Vornahme zu übertragen."

Der eigentliche Grund, der den Arzt zum körperlichen Eingriff berechtigt, ist demnach die Einwilligung des Patienten und zwar in der Form einer Uebertragung des ihm zustehenden Rechtes zur Selbstverletzung.

Dass ein solches „Recht" nicht zur Uebertragung geeignet ist, nicht den Gegenstand eines förmlichen Rechtsgeschäftes bilden kann, ist einleuchtend. Die von Hälschner durch Hereinziehen des sittlichen Zweckes versuchte Begründung ist ebenso willkürlich. Der sittliche Zweck kann möglicherweise ein Grund für die Aufstellung einer rechtlichen Bestimmung sein, allgemein hat er aber doch nicht die Wirkung, eine verbotene Handlung zu einer erlaubten zu machen. Ueberdies würde die Hälschner'sche Theorie lediglich Eingriffe zur Erhaltung des Lebens und der Gesundheit des Kranken decken, vorausgesetzt, dass man eine sittliche Pflicht, sich unter allen Umständen am Leben zu erhalten, bezw. jedem krankhaften Zustand entgegen zu treten, anerkennen wollte. Für viele andere körperliche Eingriffe aber würde es an einer Rechtfertigung fehlen, obwohl sie allgemein als erlaubt gelten, weil sie in sittlicher Beziehung höchst gleichgiltig erscheinen.

IV.

Eine Reihe hervorragender Rechtslehrer findet dagegen den ausschlaggebenden Grund für die Berechtigung des ärztlichen Eingriffs in dem ärztlichen Berufsrecht.[74]

„Der approbierte Arzt übt mit staatlicher Genehmigung die Heilkunst aus und alle Mittel, die ihm die Wissenschaft zur Erreichung seines Zweckes zur Verfügung stellt, sind, soweit nicht ausdrücklich gesetzliche Gebote entgegenstehen, ihm anzuwenden erlaubt." Doch wird das ärztliche Berufsrecht

[74] H. Meyer S. 271, v. Liszt S. 128, Binding Hdbch. I, S. 802.

nicht als ausschliessliche Voraussetzung für die Erlaubtheit der Handlung erklärt, vielmehr dem Moment der Einwilligung des Kranken eine weitgehende Bedeutung eingeräumt. Bei näherer Betrachtung erweist sich jedoch, dass der staatlich anerkannte Beruf als Arzt nicht das Entscheidende sein kann.

Die Frage, wer staatlich anerkannten Beruf übt, kann sich nur nach den Gesetzen des einzelnen Staates bemessen. Soll aber ein im Ausland approbierter Arzt, der gelegentlich in Deutschland eine Operation vornimmt, wegen vorsätzlicher Körperverletzung bestraft werden, während zur Ausübung der Heilkunde in Deutschland staatliche Approbation überhaupt nicht erforderlich ist? Oder wer sonst, ohne gerade ausübender Arzt und approbiert zu sein, doch die zur Vornahme einer gewissen Operation nötigen Kenntnisse besitzt und einen operativen Eingriff kunstgerecht vornimmt? Oder, wer z. B. in einem Falle, wo ein ärztlicher Eingriff wünschenswert ist, ein Arzt aber nicht zur Verfügung steht, in gutem Glauben einen nach seiner Meinung zweckdienlichen Eingriff wagt? Gewiss wird in diesen Fällen vorsätzliche Verletzung der körperlichen Integrität verneint werden. Auch das Reichsgericht hat in der cit. Entscheidung dem ärztlichen Berufe die Fähigkeit abgesprochen, Rechte der fraglichen Art zu erzeugen — den ärztlichen Beruf besitze nach dem heute geltenden öffentlichen Recht jeder, der ihn sich zuschreibe — und hat besonders hervorgehoben, dass nicht abzusehen sei, wieso dieser Beruf, bezw. die Approbation im Stande sein sollte, ohne weiteres zwischen dem Arzte A und dem Patienten B irgend ein konkretes Rechtsverhältnis zu begründen.

Die Ausübung ärztlichen Berufsrechtes ist also weder ein allumfassender, noch auch ein eigentlicher Grund der Straflosigkeit der fraglichen Eingriffe. Vielmehr derjenige Grund, der auch den Staat veranlasst, einen eigenen ärztlichen Beruf anzuerkennen, zu dessen Ausübung selbst Mittel an die Hand zu geben, ihn vielfach durch eigene Beamten und in ausdrücklich für diesen Zweck bestimmten Anstalten ausüben zu lassen und ihn mit mancherlei Vorrechten auszustatten, dieser Grund ist es, warum das Rechtsbewusstsein der Gesellschaft gewisse körperliche Eingriffe, die man als ärztliche bezeichnet, überhaupt als zulässig ansieht.

Körperliche Eingriffe sind unter gewissen Voraussetzungen erlaubt, wenn sie dem Zwecke körperlichen Wohlverhaltens nach den zu Eingang bezeichneten Richtungen dienen und nicht einem besonderen Verbote unterliegen.

Die Eingriffe müssen gerade zu dem Zwecke vorgenommen sein, dem körperlichen Wohlverhalten zu dienen, allein nicht erforderlich erscheint es, dass sie auch von einem staatlich approbierten Arzt geschehen[75] und auch nicht, dass sie sich im einzelnen Fall als der Uebung besonnener Aerzte entsprechend darstellen, um ihre Subsumtion unter den Begriff der vorsätzlichen Körperverletzung auszuschliessen. Nur die nach den Umständen wohlbegründete Ueberzeugung des Handelnden, dass sein Vorgehen für den angegebenen Zweck geeignet sei, wird man verlangen dürfen, eine Ueberzeugung, die sich bei dem wissenschaftlich gebildeten, wenn vielleicht auch nicht approbierten Arzte allerdings decken muss mit derjenigen, entsprechend den Regeln der Wissenschaft zu handeln.

Den Nichtarzt aber, der gelegentlich einen körperlichen Eingriff, zu ärztlichem Zweck vornimmt, wird man wegen vorsätzlicher Körperverletzung nicht bestrafen dürfen, wenn nur sein Glaube an die Zweckdienlichkeit seines Vorgehens feststeht, was ja bei einem irgend wie bedeutenderen Eingriff nur in den seltensten Fällen denkbar ist — abgesehen natürlich von etwa übertretenen besonderen gesetzlichen Vorschriften. — Eine andere Frage ist die noch allenfalls vorhandener Fahrlässigkeit; solche wird in sehr vielen Fällen schon darin liegen, dass der Laie sich mit Handlungen der Heilkunde befasst, während die Möglichkeit gegeben ist, einen Arzt zuzuziehen.

V.

Um den ärztlichen Eingriff zu einem berechtigten zu machen, erfordert aber unser Rechtsbewusstsein noch ein weiteres Moment ausser den der Zweckdienlichkeit.

Der Eingriff muss dem Willen desjenigen, an dem er vorgenommen wird, entsprechen.

---

[75] Oppenheim S. 39.

Es mag im einzelnen Falle für ein Individuum moralische Pflicht sein, sich ärztlicher Behandlung zu unterwerfen, z. B. für denjenigen, dem eine Alimentationspflicht obliegt, oder der einem Alimentationsverpflichteten (im weiteren Sinn, z. B. auch der Heimatsgemeinde) zur Last fallen würde, vielleicht auch für den Wehrpflichtigen, den eine leichte Operation diensttauglich machen kann. Allein das Gebiet der Moral ist dem Zwange unzugänglich und das Subjekt handelt hier souverän, nach eigenem Ratschlusse. Eine Berechtigung für Dritte, zwingend einzugreifen, ist in Ansehung moralischer Aufgaben ausgeschlossen. Darum gibt es schlechterdings kein Recht, einen ärztlichen Eingriff wider Willen des Kranken vorzunehmen, soweit es sich nicht etwa auf eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift stützt; letztere sind im Hinblick auf die Interessen der Gesammtheit sehr wohl denkbar und z. B. in Anbetracht ansteckender Krankheiten oft genug praktisch.

Die Frage, ob ein ärztlicher Eingriff im Hinblick auf die notwendige Einwilligung des Patienten erlaubt erscheint, bietet aber im einzelnen Falle häufig bedeutende Schwierigkeiten.

Welches Individuum ist fähig, seine Einwilligung zu einer Operation zu geben? Das Reichsgericht hat diese Frage in der Entscheidung vom 31. V. 94 nicht beleuchtet, obwohl der vorliegende Fall Anlass hiezu bot, vielmehr, wie oben erwähnt, als selbstverständlich angenommen, dass für ein unmündiges Kind sein gesetzlicher Willensvertreter, d. i. wohl sein Stellvertreter nach Civilrecht, die Einwilligung zu erteilen oder zu versagen habe. Gewiss ist hier die civilrechtliche Handlungsfähigkeit ebenso wenig entscheidend, wie die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, da weder Rechtsgeschäfte, noch Delikte für zu Behandelnde in Frage sind.[76] Demjenigen wird man die Fähigkeit und damit die Berechtigung zuerkennen müssen, über seine körperliche Integrität bindend für die Mitwelt zu entscheiden, der im Stande ist, die Tragweite des Eingriffs nach seinen nachteiligen und vorteilhaften, gewissen und möglichen Wirkungen zu erkennen und beide gegeneinander abzuwägen. Die Grenze ist deshalb eine äusserst

[76] Binding S. 802, s. auch das v. Oppenhem cit. Urteil im „Fall Schulze".

feine und verschiebbare und die erforderliche Erkenntnis und Entschlussfähigkeit wird bei demselben Individuum häufig für den einen Eingriff gegeben sein, während sie für den anderen verneint werden muss. Man wird z. B. den Willen eines Kindes, an dem nach Wunsch der Eltern aus Rücksichten der Schönheit eine schmerzhaftere Operation vorgenommen werden soll, schon frühzeitig entgegen dem Willen der Eltern berücksichtigen müssen, andererseits auch dem Willen Geisteskranker bis zu dem Punkte, wo anderweitige berechtigte Interessen vorliegen, Rechnung zu tragen haben.

Wie ist aber zu urteilen, wenn eine Aeusserung eines in der angegebenen Richtung willensfähigen Patienten nicht vorliegt? Die gesetzlichen Stellvertretungen gesetzlich oder natürlich Willensunfähiger, die sonst auf dem Gebiete des Civil-, Prozess- und öffentlichen Rechtes ihre Wirksamkeit entfalten, können hier nicht in Betracht kommen, weil, wie oben erwähnt, es sich um einen Willensakt besonderer Art handelt, in Ansehung dessen jene Stellvertretungen nicht gesetzt sind. Auch ist in vielen Fällen eine gesetzliche Vertretung gar nicht vorhanden, so, wenn für verwaiste Kinder oder Geisteskranke gerade in dem Augenblick, wo sie ärztlicher Hülfe bedürfen, ein Vormund nicht bestellt ist oder wenn dessen Erklärung nicht rechtzeitig einzuholen ist, vor allem aber fehlt eine gesetzliche Vertretung für den Willensfähigen, der gerade in Folge seines krankhaften körperlichen Zustandes nicht in der Lage ist, einen Entschluss zu fassen oder ihn zu äussern.

Der Arzt wird hier zu denjenigen Eingriffen berechtigt sein, die der Kranke nach menschlichem Ermessen von seinem Standpunkte aus billigen müsste, wenn er zur Abgabe einer Willenserklärung im Stande wäre.[77] Es liegt ein der negotiorum gestio ähnliches Verhältnis vor. Bei Kindern und Geisteskranken wird — unter den obenangedeuteten Beschränkungen — lediglich das vernünftige Ermessen bezüglich der Vorteile der Operation massgebend sein, bei einem Willensfähigen aber zunächst der etwa vor dem Eintritt der Bewusstlosigkeit oder Unfähigkeit zur Erklärungsabgabe geäusserte Wille, es sei

[77] Vergl. auch die sub III cit. Ausführung des Oberreichsanwaltes.

denn, dass solche dem Betreffenden nicht oder ungenügend bekannte Verhältnisse eintreten, dass angenommen werden muss, er würde seinen Willen ändern und dem Eingriffe zustimmen, wenn er im gegenwärtigen Augenblick einen Entschluss fassen oder äussern könnte.

VI.

Gewiss ist auch der Wille anderer Personen für die Erlaubtheit eines körperlichen Eingriffs von Bedeutung, wenn eine Willenserklärung des zu Behandelnden nicht vorliegt. Der eine Grund ist der, dass — abgesehen von den Fällen, wo sofortige Hilfeleistung notwendig erscheint — der Arzt, um überhaupt zur Behandlung des Patienten veranlasst und berechtigt zu sein, zugezogen sein muss.[78]

Hiezu sind, wie ein Blick ins tägliche Leben zeigt, in dem Falle, wo der Patient nicht selbst die Zuziehung veranlassen kann, nicht nur die Gewalthaber und gesetzlichen Vertreter, sondern je nach Umständen auch dritte Personen, z. B. Institutsvorsteher, Wohnungsgeber etc. berufen. Dieses Erfordernis beruht darauf, dass das Verhältnis des Arztes zum Kranken, bezw. zu dem der ihn zugezogen hat, dem Civilrechte angehört und dass die Heilkunde regelmässig nicht etwa auf Grund obrigkeitlicher Befugnis ausgeübt wird. (Gleichwohl können bei ansteckenden Krankheiten Personen durch gesetzliche Vorschrift ärztlicher Behandlung durch einen Arzt, dessen Zuständigkeit gesetzlich abgegrenzt ist, unterworfen werden.) Der Wille des den Arzt Zuziehenden wird nun weitere Bedeutung haben können oder nicht, einerseits wird die Einwilligung des Institutsvorstehers, den man als Stellvertreter des Gewalthabers ansehen mag, genügen, um eine leichte Operation, deren Bedeutung das Kind nicht kennt, gegen den Willen des Kindes und ohne den eingeholten Willen seines vielleicht weit entfernten gesetzlichen Vertreters als erlaubt erscheinen zu lassen, während der Widerspruch der Hausfrau eines einsamen Junggesellen, der in bewusstlosem Zustande zu operieren ist, von dem herbeigeeilten Arzte mit Recht ignoriert werden wird.

---

[78] Binding I, S. 802.

Der andere Grund, aus dem der Wille der Umgebung und insbesondere der Angehörigen des Patienten zu berücksichtigen ist, liegt in seiner Wichtigkeit für die Frage, ob der Eingriff dem Interesse des Patienten entspricht.

Nur aus diesem Gesichtspunkt verdient ein anderer Wille als der des Kranken gegenüber dem pflichtgemässen Ermessen des Arztes Beachtung; eine Befugnis der Eltern oder des Ehegatten, sich einem als zweckmässig erkannten Eingriff zu widersetzen, wäre die Aeusserung eines Rechtes über den Körper des willensunfähigen Angehörigen, für dessen Annahme kein Beweis wird aufgezeigt werden können.

Die Frage, ob unter Umständen der einmal zu einem Kranken, von dem eine Willenserklärung nicht ausgehen kann, zugezogene Arzt, ohne Rechtsverletzung seine bessere Einsicht über den von Unverstand oder Böswilligkeit beherrschten Willen der Angehörigen oder der Umgebung des Kranken setzen darf, lässt sich kaum schlechtweg verneinen, ein für alle Fälle gültiges Criterium lässt sich aber nicht angeben. Jedenfalls darf der Arzt um so eher auf eigener Faust handeln, je weniger nahe die betreffenden Personen dem Patienten stehen. Allein die Frage bleibt eine Frage des Ermessens.[79] Das Reichsgericht dagegen lässt, wie gesagt, den Willen des gesetzlichen Stellvertreters des Kranken unbedingt entscheiden.

VII.

Ist der Wille des Kranken für den Arzt (und eventuell auch für den zu einem ärztlichen Eingriff veranlassten Nichtarzt) auch bindend, wenn es sich um Leben und Tod handelt? Ist der Arzt berechtigt, wider Willen des Kranken ihn durch sein Eingreifen am Leben zu erhalten? So sicher die meisten Menschen geneigt sein werden, unbedenklich zu bejahen, so wenig lässt sich ein Beweis für diese Antwort erbringen.

[79] Wenn Oppenheim (S. 26) für die Erlaubtheit eines ärztlichen Eingriffs auch das Erfordernis aufstellt, dass das angewandte Mittel nicht unsittlich sein dürfe, so ist dem gewiss beizupflichten. Nur wird die Entscheidung, ob ein Mittel unsittlich ist, unter Umständen von seiner anerkannten Zweckdienlichkeit beeinflusst werden. Ein Beispiel ist die weiter unten etwas näher zu betrachtende Perforation, die in früherer Zeit aus sittlich-religiösen Erwägungen verworfen wurde.

Wahrscheinlich geht wirklich die Rechtsüberzeugung der Gesammtheit dahin, dass eine solche Berechtigung des Arztes anzuerkennen sei und es würde kein Gericht denjenigen, der die Wunde eines Selbstmörders wider dessen Willen kunstgerecht behandelt und vernäht hat, wegen Körperverletzung und Nötigung verurteilen,[80] allein logisch und das Ergebnis rechtlicher Consequenz ist ein solches Gewohnheitsrecht nicht.

Zweifellos ist es in vielen Fällen für den Menschen eine moralische Pflicht, sich den Seinen zu erhalten, wenn ihm auch das Leben seinen Wert verloren haben sollte, und ein Selbstmord, durch den der Betreffende sich seinen Verpflichtungen entziehen will und die Seinigen aufs Tiefste verletzt, kann vom moralischen Standpunkt aus äusserst verwerflich sein. Keineswegs aber besteht eine allgemeine Pflicht, sich das Leben um jeden Preis möglichst lange zu fristen und ihm unter keinen Umständen selbst ein Ziel zu setzen. Die entgegengesetzte Ansicht wird freilich oft genug vertreten und war die unbedingt herrschende, so lange die Kirche auch auf dem Gebiete der Jurisprudenz einen ausschlaggebenden Einfluss besass, allein sie hat einerseits ihren Grund in gewissen religiösen Vorstellungen, die für die Stellungnahme des modernen Staates nicht entscheidend sind, andrerseits beruht sie so gut wie auf Erwägungen der Moral, auch auf der menschlichen Scheu vor dem Tode überhaupt, eine psychologische Erscheinung, die z. B. auch Viele veranlasst, den Selbstmörder unbedingt als Feigling zu bezeichnen, während sie selbst kaum den Mut zu solcher That besitzen dürften. Diese Ansicht hat sich geändert und das Recht hat dem Individuum die Befugnis eingeräumt, nach eigenem Ermessen zu entscheiden, ob es das Leben weiter führen wolle, das es ohne seinen Willen hat beginnen müssen: der Selbstmord ist nicht mehr strafbar. Sei dem aber, wie ihm wolle, zweifellos liegt die Frage auf moralischem Gebiet und der moralische Zweck einer verbotenen Handlung macht diese nicht erlaubt.

Demnach dürfte niemand durch Nötigung und durch operative Eingriffe wider seinen Willen dem Leben erhalten werden. Die herrschende Ansicht scheint aber dem Gegenteil

[80] Oppenheim S. 21.

zuzuneigen. Freilich gibt es viele Fälle, wo auch nach der hier vertretenen Anschauung die Rettung eines Selbstmörders als erlaubt, bezw. geboten erscheint, wenn jemand z. B. in blinder Leidenschaft gehandelt hat, so ist es für ihn zu wünschen, dass der vorschnell herbeigeführte Erfolg vereitelt wird, und wer ohne Kenntnis der Umstände sich einem Selbstmordversuch gegenüber befindet, wird allemal annehmen dürfen, dass die Rettung des Lebens im Interesse des Selbstmörders liegt. Aber auch in dem Falle, wo ein Kranker, der nach Abwendung der unmittelbaren Todesgefahr durch einen vielleicht nicht schweren Eingriff schmerzhaftes Siechtum voraussieht und durch Nichtabwendung seines früheren Todes dies vermeiden will, der Arzt aber wider seinen Willen eingreift und ihn am Leben erhält, wird der Arzt nicht leicht eine Verurteilung zu befahren haben, obwohl er meines Erachtens ohne Berechtigung Zwang geübt und in die körperliche Integrität eingegriffen hat.

VIII.

Es gibt Fälle, wo der Arzt mit Berechtigung Handlungen vornimmt, von denen er weiss, dass sie den Tod des Patienten hervorrufen können, Fälle, die vom Standpunkte einer bedeutenden Dolustheorie aus nichts weniger darstellen als vorsätzliche Tötung. Letzteres pflegt man vom anderen Standpunkt aus freilich zu läugnen, indem hinsichtlich einer lebensgefährlichen Operation, die allein das Leben des Kranken noch retten kann, gesagt wird, in solchem Falle sei der Tod des Kranken nicht vom Arzte gewollt, der Wille zur Herbeiführung des Erfolges liege nur vor, wenn der Thäter den betreffenden Erfolg bezweckt hat. Wenn aber der strafrechtliche Dolus gleich dem Bewusstsein der Causalität der Handlung ist, so ist auch in diesen Fällen Tötungsvorsatz gegeben und zwar der sonst sogenannte dolus eventualis, denn der Arzt handelt unter der Vorstellung, dass der möglicherweise eintretende Tod des Kranken Wirkung der vom Arzte vorgenommenen Operation sein werde. Die Vorstellung des möglichen tötlichen Erfolges hat den Arzt von der Operation nicht abgehalten.[81] Gleichwohl widerstreitet die Vornahme solcher Operation dem herrschenden

[81] v. Liszt Seite 145.

Rechtsbewusstsein nicht, wenn sie mit Zustimmung des Kranken, ja auch, wenn sie unter den oben geschilderten Voraussetzungen ohne dessen Einwilligung geschieht.

Uebrigens wird eine lebensgefährliche Operation dem Arzte nicht nur dann erlaubt sein, wenn es sich geradezu um die Erhaltung des Lebens handelt, sondern mit Zustimmung des Kranken wird er auch dann dazu schreiten dürfen, wenn er bei günstigem Ausgang eine Befreiung des Patienten aus einem qualvollem Zustand erwarten darf. Man wird den Kranken nicht zum Tragen seiner Schmerzen verurteilen müssen, weil er das Mittel, das selbst anzuwenden zweifellos ihm erlaubt wäre, thatsächlich nicht selbst anwenden kann. Freilich muss das zu vermeidende Uebel ein bedeutendes sein, ein solches, das dem Fortleben des Patienten für sich und andere den Wert benimmt. Hierüber entscheidet vernünftiges Ermessen.[82]

Die Frage, ob unter Umständen im Interesse des Kranken gewisse Mittel angewendet werden dürfen, die den auch sonst unvermeidlichen Tod des Patienten in kürzerer Zeit herbeiführen und zwar mit Bestimmtheit, als er sonst eintreten würde, in welchem Falle gewiss vorsätzliche Tötung vorliegt, wird in der Theorie verneint.[83] Gleichwohl wird in der ärztlichen Praxis in nicht allzu seltenen Fällen anders gehandelt. Es ist möglich, dass der Patient bis zu seinem in kurzer Frist mit Bestimmtheit eintretenden Tode unter heftigen Schmerzen zu geordneter Willensäusserung unfähig ist, eine Operation verkürzt zwar mit Sicherheit seine Lebensdauer noch um einiges, ermöglicht ihm aber schmerzfreie Stunden und versetzt ihn in die Lage, seine Angelegenheiten ordnen und testieren zu können. Wie in einem konkreten Fall eine derartige, vom Arzte in Uebereinstimmung mit dem Patienten vorgenommene Operation vom allgemeinen menschlichen Standpunkte aus auch beurteilt werden mag, Straflosigkeit kann ihr aus Gründen der Rechtssicherheit nicht zukommen.

Nach einer anderen Richtung ist die Rechtsüberzeugung unzweifelhaft.

---

[82] Oppenheim S. 24.

[83] H. Meyer S. 324; Binding S. 802, Oppenheim S. 30.

In vielen Fällen ist es durch Anwendung gewisser Mittel möglich, den sicheren Tod noch um kurze Zeit hinauszuschieben. Der Kranke hat in solchen Fällen meist kein Bewusstsein mehr. Darf der Arzt die Anwendung dieser Mittel unterlassen? Ist die Nichtabwendung des früher eintretenden Todes eine Herbeiführung des Todes durch positives Thun gleich zu achten? Vorsätzliche Delikte können unter Umständen durch Nichthandeln begangen werden, bezw. die vorsätzliche Nichtabwendung eines Erfolges ist der vorsätzlichen Herbeiführung gleichgestellt, nämlich dann, wenn eine Pflicht des Subjekts zum Handeln bestand.[84] Die Stellung des Arztes begründet eine weitreichende Verpflichtung zu bestimmtem Thun und die Erhaltung des ihm anvertrauten Lebens ist die vornehmste. Es wird vielleicht auch nicht an Stimmen fehlen, die dem Arzte unbedingt die möglichste Verlängerung des menschlichen Lebens zur Pflicht machen. Trotzdem wird man vernünftigerweise eine Verpflichtung des Arztes zur Anwendung der erwähnten Mittel unter der angegebenen Voraussetzung nur dann anzunehmen haben, wenn dies dem etwa vom Kranken selbst zu einer Zeit, wo er noch im Besitz seiner Geisteskräfte war, geäusserten Wunsch entspricht; denn andernfalls erscheint die künstliche Verlängerung der Lebensfunctionen für den Kranken und dessen Umgebung durchaus nutzlos, wo nicht als eine wirkliche Grausamkeit.

Vielleicht wird in Beziehung auf den einen oder anderen Punkt vorstehender Erörterungen von manchen Beurteilern der Einwand erhoben werden, dass die vertretene Auffassung dem Arzte eine discretionäre Gewalt einräume, die den schwersten Missbrauch befürchten lasse. Dem gegenüber ist zu bemerken, dass der Arzt diese Gewalt thatsächlich schon besitzt. In weitaus den meisten derartigen Fällen handelt er souverän nach seiner Ueberzeugung, was unter den gegebenen Umständen das Beste ist. Unter der Anwendung seiner ärztlichen Autorität ist es ihm meist ein Leichtes, die Beeinflussung durch den Kranken selbst und die Angehörigen zu vermeiden, auch kann er sich wofern er es wünscht, dadurch vollständig freie Hand wahren, dass er die Beteiligten über

[84] H. Meyer S. 193, v. Liszt S. 109.

den wirklichen Sachverhalt nicht aufklärt. Die Beteiligten sehen den Arzt handeln, ohne die Fähigkeit zu besitzen, seine Handlung zu beurteilen. Die spätere Konstatirung dessen, welche Umstände dem Arzte vorlagen, und wie er sich ihnen gegenüber verhalten hat, ist schwierig und oft unmöglich. Die einzige Garantie gegen Missbrauch liegt darum in der Person des Arztes.

IX.

Im Gegensatz zu den bisher betrachteten Eingriffen hat die zu ärztlichen Zwecken vorgenommene Herbeiführung vorzeitiger Geburt und des Todes der Frucht im Mutterleibe — insbesondere die letztere unter der Bezeichnung Perforation — schon längst eine eingehende Würdigung in der juristischen Wissenschaft gefunden. Heutzutage unterliegt die Berechtigung der Perforation zum Zweck der Rettung des Lebens der Mutter, wenn die normale Geburt nicht möglich ist, einem Zweifel nicht mehr.

Von der gewöhnlichen Operation unterscheidet sich der Fall der Perforation durch den Umstand, dass zwei menschliche Leben in Frage kommen, das der Mutter und das werdende des Fötus. Ist das Leben des Fötus wirklich bereits ein menschliches, handelt es sich bei der im Interesse der Mutter vorgenommenen Perforation um die Tötung eines Menschen?

Man pflegt den noch ungeborenen Menschen Frucht oder Fötus zu nennen, und zwar ohne Rücksicht auf seine Reife. Doch erscheint es zweifelhaft, ob es logisch begründet ist, die zu selbstständigem Leben bereits fähige, die reife Frucht nicht als Menschen zu betrachten, und die gegenteilige Anschauung dürfte wohl auch in der Absicht begründet sein, die Verletzung des noch ungeborenen Menschen milder als die des zu selbstständiger Existenz gelangten zu behandeln und den schlimmen Klang des Wortes homicidium zu vermeiden. Wenn man das Leben als Mensch nicht von der Reife zu selbstständiger Lebensfähigkeit abrechnen will, so ist logisch auch die Ansicht, die den Beginn der Lungenatmung als entscheidend ansieht.[85] Die von H. Meyer u. R.-G.-E. v. 29. Sept. 1883 in Ansehung

[85] v. Liszt S. 272.

des Verbrechens nach § 217 R.-Str.-G.-B. vertretene Ansicht, wornach der Beginn des Geburtsaktes mit den Wehen ausschlaggebend ist, dürfte nur eben auf diesen § anzuwenden sein und auf ein Moment Gewicht legen, das für die Entscheidung der principiellen Frage nach dem Vorhandensein einer selbstständigen menschlichen Existenz nicht ausschlaggebend ist.

Auf bedeutungslose Merkmale stützen sich die Theorien, die vollständige Trennung des Kindes vom mütterlichen Organismus oder Geburt eines Teiles des Kindes verlangen.

Jedenfalls ist aber auch die Tötung des Ungeborenen vom Gesetzgeber unter Strafe gestellt.

Nachdem im Laufe dieses Jahrhunderts die Erlaubtheit der Perforation anerkannt worden ist,[86] sind die verschiedensten Theorien zur Begründung der herrschenden Ansicht aufgestellt worden, die vielfach Versuche sind, aus dem Gesetzesrecht die Berechtigung des fraglichen Eingriffes abzuleiten. Diese Versuche haben nicht zum Ziele geführt.

Die Begründung der vom Arzte vorgenommenen Perforation aus dem Gesichtspunkte des Notstandes[87] lässt sich gegenüber dem Wortlaut des § 54 R.-Str.-G.-B. nicht aufrecht erhalten, da dieser § nur Notstandshandlungen für berechtigt erklärt, die von dem Gefährdeten selbst oder einem Angehörigen des Gefährdeten vorgenommen werden. Wächter,[88] der in dieser Beziehung hervorhebt, dass wohl die Mutter sich im Notstand befinde, nicht aber der behandelnde Arzt, gründet die Erlaubtheit der Perforation darauf, dass sie eben das einzige durch die Kunst gebotene Mittel sei, die etwa noch mögliche Rettung der Mutter zu versuchen. Bei einem Konflict zwischen dem Leben der Mutter und dem noch ganz unsicheren des Kindes könne das Kind bloss als ein unberechtigter Teil der Mutter und als eine ihr drohende Naturgewalt in Betracht kommen, gegen welche ihr jeder beistehen dürfe.

Diese und auch die von Hälschner[89] vertretene Anschau-

---

[86] S. die verschiedenen Ansichten bei J. Heimberger „über die Straflosigkeit der Perforation“ Diss. 1889.

[87] Stammler, Notstand S. 80, Göb in Goldt-Aach 1880, S. 184, v. Schwarze, Comm. § 54.

[88] Vorlesungen S. 337.

[89] Gem.: D. Strafr. II. S. 68.

ung: „man wird sich darauf berufen dürfen, dass das Gesetz die Frucht als strafrechtlich geschütztes Rechtssubjekt in dem Sinne behandelt, dass ihre naturgemässe Entwicklung zu selbstständigem Leben nicht gehindert werden solle, dass darum dieser Schutz aufhört, wenn die Erlangung selbstständigen Lebens durch naturgemässe Geburt unmöglich ist“ enthalten wohl eine Erklärung, aber keinen Beweis der Erlaubtheit der Perforation. Eben dies gilt von der erwähnten Dissertation Heimbergers, die zwar den Beweis verspricht, dass die Perforation auch nach dem Strafgesetz erlaubt sei, aber lediglich eine Ausführung des Gedankens von Hälschner gibt.

Die Mehrzahl der Schriftsteller endlich, vor Allem H. Meyer (S. 271), v. Liszt (S. 146), Binding (S. 802), Schütze (S. 379) gründen die Erlaubtheit auf das ärztliche Berufsrecht, und somit auf das Gewohnheitsrecht.

Das Gewohnheitsrecht ist die Rechtsquelle, der der Satz von der Erlaubtheit der im Hinblick auf die Mutter vorgenommenen Tötung oder vorzeitigen Trennung[90] der Frucht sein Bestehen verdankt.[91] Der Grund dieses Gewohnheitsrechtes aber ist „der höhere Rechtswert geborener Menschen, der sich in der schweren Bestrafung der Tötung Erwachsener ausdrückt, besonders aber darin, dass die Rechtsfähigkeit des Fötus durch die Möglichkeit dessen späterer Geburt bedingt ist.“ (v. Holtzendorff III, S. 457.) Wenn die Wahl besteht zwischen der wahrscheinlichen Aufopferung der Mutter und dem Leben des ungeborenen Kindes, so erscheint es vernünftig, vor Allem in Anbetracht der Familie, das Leben der Mutter zu erhalten. Das Leben der Mutter ist immer das wertvollere. Bei ausserehelichen Schwangerschaften mag man auch bedenken, dass das Kind, dessen Existenz zerstört wird, bevor es zu deren Bewusstsein gelangt ist, um das Leben der Mutter zu retten, von vornherein zu einem elternlosen Dasein und damit in vielen Fällen zum Tode im ersten Kindesalter verurteilt gewesen wäre.

Aus dem Grunde, warum die Rechtsüberzeugung die

---

[90] Nach dem R.-Str.-G.-B. erscheint auch die nicht in Tötungsabsicht vorzeitig herbeigeführte Geburt als strafbar, s. H. Meyer S. 181 und die daselbst Anm. 18 vorgeführte v. Liszt S. 296 Anm. 1, dagegen die gem. Meinung f. R.-G.-E. G. 12. 81 E. III, S. 380.

[91] Oppenheim S. 33.

Perforation zur Rettung der Mutter erlaubt, geht ferner analog wie bei den bereits behandelten ärztlichen Eingriffen, hervor, dass diese Handlung nicht im strengen Sinn auf einem Berufsrecht beruht. Zur Beurteilung der Sachlage, welche Perforation oder Abtreibung gestattet, ist allerdings nur eine Person mit eingehenden medicinischen Kenntnissen fähig, wer aber diese Fähigkeit besitzt und demzufolge eine von ihm für geboten erachtete Perforation ausführt, kann auch nicht nach § 218 R.-St.-G.-B. bestraft werden.

Was dem Arzte zusteht, ist aber auch der Schwangeren erlaubt. Wenn sie im Bewusstsein unmittelbar drohender Lebensgefahr abtreibt, gleichsam in articulo mortis, so ist sie straflos, vorausgesetzt, dass die Bedingungen der Gefahr vorhanden waren oder geglaubt werden konnten. Sie handelt dann — ohne ärztliche Hülfe — wesentlich auf eigene Gefahr.[92]

Uebrigens liegen unter den erwähnten Voraussetzungen für die Schwangere die Bedingungen des Notstandes vor, so dass sie gemäs § 54 R.-Str.-G.-B. sraflos erscheint.[93]

Voraussetzung der Erlaubtheit der Perforation ist selbstverständlich allemal der Wille der Schwangeren, es bleibt ihr anheimgestellt, ob sie sich dem Kaiserschnitt unterziehen oder ob sie ärztlichen Eingriff überhaupt ablehnen will und die Folgen auf sich nimmt. Ist aber eine Willensäusserung der Schwangeren überhaupt nicht zu erlangen, so wird der Arzt in jedem Falle solcher Interessenkollision das Leben der Mutter als das wertvollere erhalten und annehmen dürfen, damit auch dem vorauszusetzenden Willen der Schwangeren gerecht geworden zu sein.

Das geltende Recht erlaubt Perforation und Einleitung künstlicher Frühgeburt (Abtreibung) nur dann, wenn die Erhaltung des Lebens der Mutter auf dem Spiele steht. Die Rechtssicherheit erfordert diese Beschränkung. Es kann auch für die Fälle unfreiwilliger Schwängerung, wie sie z. B. seit dem Ueberhandnehmen der hypnotischen Experimente durch verbrecherische Hypnotiseure bewirkt worden sind, eine Ausnahme nicht gemacht werden.

---

[92] v. Holtzendorff l. c.

[93] S. H. Meyer S. 481.

X.

Zwei Arten körperlicher Eingriffe zu ärztlichen Zwecken verdienen noch wegen ihrer Eigenart besondere Erwähnung.

Der eine ist die zur Heilung einer anderen Person geschehende Entnahme von Substanz aus dem Körper eines gesunden Individuums. Fälle sind die früher häufigere Transfusion, die Ueberleitung von Blut des gesunden Individuums in den Kreislauf des kranken, sowie die Transplantation, die Entnahme von Hautlappen zur Uebertragung auf Defekte des kranken Körpers. Derartige Eingriffe sind als erlaubt anzusehen, wenn sie mit Einwilligung des Gesunden erfolgen. Es ist klar, dass für das Mass der Urteilsfähigkeit des Gesunden nicht mehr und nicht weniger zu erlangen ist, als die Einsicht von der Tragweite des Eingriffs in den eigenen Körper.[94] Weitere allgemeine Erfordernisse aufzustellen, scheint nicht geraten, es wird schwer sein, für alle Fälle gültig abzugrenzen, wie weit etwa der Arzt in einem Falle der Not die Opferwilligkeit eines Angehörigen des Kranken benützen darf.[95]

Die andere Art ist das medicinische Experiment, bei dem wiederum zwei Fälle zu unterscheiden sind. Einerseits werden Experimente lediglich für wissenschaftliche Zwecke vorgenommen, ohne dass es dabei auf Heilung einer Krankheit des verwundeten Individuums abgesehen ist. Soweit solche Experimente sich als Eingriff in die körperliche Integrität darstellen, wären sie nach der oben vertretenen Ansicht trotz der Einwilligung des Betreffenden als Körperverletzung strafbar. Doch scheint die Rechtsüberzeugung dahin zu gehen, im Hinblick auf den möglichen Wert des Experimentes für die Gesammtheit dieses soweit zu gestatten, als nicht eine erhebliche Gefahr für denjenigen besteht, der von der denkbaren Wirkung des Experiments verständigt, sich dazu hergibt.

Die andere Art von Experimenten zielt auf die Heilung des Kranken ab, an dem es vorgenommen wird und wird gerechtfertigt durch die — eventuell im Falle der Willensunfähigkeit in der oben dargestellten Weise vorauszusetzende

---

[94] Vgl. bei Oppenheim das Urteil im „Fall Schulze".

[95] Oppenheim S. 27.

— Einwilligung des Kranken und der wissenschaftlichen Ueberzeugung von seiner möglichen Dienlichkeit für die Heilung des betreffenden Individuums.

Heilmethoden, die an Menschen noch nicht erprobt sind, dürfen angewendet werden, wenn der Arzt auf Grund seiner Wissenschaft sich von ihnen einen günstigen Erfolg versprechen kann.[96] Auch hier gilt der Grundsatz, dass zum Eingriff für ärztliche Zwecke berufen ist, wer sie versteht, aber es ergibt sich aus der Natur der Sache, dass auch nicht jeder Arzt zu jedem denkbarer Weise erlaubten Experiment berechtigt ist, sondern lediglich zu dem, wofür nach dem Masse seiner theoretischen Kenntnisse und technischen Fähigkeiten er nach sorgfältiger Selbstprüfung sich befähigt erachten darf.

XI.

Der Thatbestand der Körperverletzung nach dem Reichsstrafgesetzbuch hebt das Moment der Widerrechtlichkeit nicht hervor. Wer also in die körperliche Integrität eines Menschen eingreift in der irrigen Meinung ein Recht zu einem derartigen Eingriff zu besitzen, während ein solches Recht von der Rechtsordnung nicht anerkannt ist, ist nach der im I. Abschnitt der vorliegenden Abhandlung niedergelegten Anschauung des Reichsgerichts der vorsätzlichen Körperverletzung schuldig. Demnach entschuldigt den Arzt, der eine ungerechtfertigte Operation vorgenommen hat, gegen die Anklage wegen doloser Verletzung der körperlichen Integrität zwar der Irrtum über thatsächliche Verhältnisse, z. B. darüber, ob der Patient in die Operation eingewilligt hat, nicht aber der Irrtum über den Umfang seiner Berechtigung z. B. darüber, ob der Wille des minderjährigen Kindes gegenüber dem seiner Eltern zu berücksichtigen ist. Das Reichsgericht hat denn auch in der mehrfach citirten Entscheidung vom 31. V. 94 ohne weiteres angenommen, dass der angeklagte Arzt bewusst rechtswidrig gehandelt habe, weil er mit vollem Bewusstsein gegen den Widerspruch des Vaters vorgegangen sei. Der Oberreichsanwalt kam deswegen zu dem Resultat, die subjektive Ver-

[96] Oppenheim S. 37.

schuldung zu verneinen, weil er durch das Instanzgericht für thatsächlich festgestellt erachtete, dass der Angeklagte nach den Umständen des Falles habe annehmen dürfen und angenommen habe, dass der Vater keinen ernstlichen Widerspruch erhoben habe und dass auch seine letzte Erklärung als nicht ernstlich gemeint, nicht beachtet zu werden brauche. Der Arzt hat also nach der Ansicht des Oberreichsanwalts die thatsächlichen Voraussetzungen für gegeben gehalten, unter denen er nach objektivem Recht zur Operation befugt gewesen wäre.

Nach den obigen Ausführungen über die höchst zweifelhaften und nirgends gesetzlich festgelegten Grenzen der ärztlichen Befugnis bedarf es keiner weiteren Darlegung, um einzusehen, in welch bedenklicher Lage der Arzt sich fortwährend dem Strafgesetze gegenüber befindet. Täglich kann er vor die Wahl gestellt sein, mit einer Handlung sich möglicherweise einer Ueberschreitung seiner Befugnisse schuldig zu machen, oder aber eine pflichtwidrige Unterlassung zu begehen, ein Dilemma, zu dessen Vermeidung ihm keine gesetzliche Vorschrift eine Handhabe bietet.

Eine günstigere Position hat der Arzt nur in Anbetracht der weniger häufigen ärztlichen Handlungen, die an sich als Nötigungen erscheinen, weil der Thatbestand des Deliktes das Moment der Rechtswidrigkeit hervorhebt und somit nach der Ansicht des Obersten Gerichtes jede irrtümliche Annahme eine Berechtigung entschuldigt.

Ohne Zweifel ist die Frage nach der Berechtigung der körperlichen Eingriffe zu ärztlichen Zwecken eine solche von so hervorragender praktischer Bedeutung, dass ihre baldige gesetzliche Regelung als eine besonders wichtige unter den gegenwärtigen Aufgaben der Strafgesetzgebung erscheint.